

**Staatszielbestimmungen als Problem des
schweizerischen Bundesverfassungsrechts**

DISSERTATION

**der RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
der UNIVERSITÄT ZÜRICH**

**zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft
vorgelegt von**

URS BREITER
von Winterthur und Flaach ZH

**genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Dietrich Schindler**

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Zürich 1980



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**Staatszielbestimmungen als Problem des
schweizerischen Bundesverfassungsrechts**

DISSERTATION

**der RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
der UNIVERSITÄT ZÜRICH**

**zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft
vorgelegt von**

URS BREITER
von Winterthur und Flaach ZH

**genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Dietrich Schindler**

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Zürich 1980

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 9. Juli 1980

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 22 der Reihe

Zürcher Studien zum Öffentlichen Recht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich von U. Häfelin, W. Haller, W. Kägi, G. Müller, H. Nef, D. Schindler und F. Zuppinger

© Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1980

Druck: ADAG Administration & Druck AG, Zürich

Meinen Eltern

Allen, die zum Entstehen meiner Dissertation beigetragen haben, sei es durch kritische Anregungen oder die Abschrift des Manuskripts, danke ich herzlich.

Besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Dietrich Schindler, der die Dissertation angeregt und mir bei deren Ausarbeitung volle Freiheit gelassen hat.

INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung	1
1. Teil: GRUNDLAGEN	3
I. Das der Arbeit zugrunde liegende Verfassungsverständnis	4
A. Begriff der Verfassung	4
1. Die Frage nach dem allgemeinen und theoretischen Verfassungsbegriff	4
2. Die Verfassung im formellen Sinn	5
3. Die Verfassung im materiellen Sinn	6
B. Verhältnis von Staat und Gesellschaft	9
1. Einleitung	9
2. Trennung oder Identität	9
3. Wechselwirkung zwischen Staat und Gesellschaft	10
C. Sinn und Funktion der Verfassung	14
1. Gegenüberstellung von instrumentalem und materielem Verfassungsverständnis	14
a. Das instrumentale Verfassungsverständnis	14
b. Das materiale Verfassungsverständnis	16
2. Die Bedeutung der Grundrechtstheorien für das Verfassungsverständnis	18
a. Allgemeines	18
b. Die liberale Grundrechtstheorie	19
c. Die institutionelle Grundrechtstheorie	22
aa. Charakterisierung	22
bb. Die Rolle des Gesetzgebers	27
cc. Horizontalwirkung	29
dd. Das Umschlagen in die sozial- und leistungsstaatliche Grundrechtstheorie	32

d. Exkurs: Zum Begriff der Teilhabe	33
e. Relativierung der Rechtsposition des Individuums durch die demokratisch-funktionale Grundrechts- theorie	35
f. Werttheorie und Systemdenken	37
aa. Allgemeines	37
bb. Exkurs: Das Wertsystem Giacomettis	42
cc. Werte in der Verfassung, losgelöst vom Systemdenken	44
D. Verfassungsverständnis und Verfassungsinterpretation	46
1. Vorverständnis	46
2. Auslegung und Konkretisierung	48
a. Das Problem	48
b. Konkretisierung insbesondere	49
c. Zur Bedeutung des topischen Vorgehens im Rahmen der Konkretisierung	53
3. Der Einfluss unterverfassungsmässiger Normen auf die Leitfunktion der Verfassung	55
II. Eingrenzung des Begriffs der Staatszielbestimmung	61
A. Vorbemerkung	61
B. Staatszielbestimmungen in formeller Hinsicht	62
1. Zielsetzung	62
2. Staatszielbestimmungen und Leitgrundsätze	63
a. Charakterisierung	63
b. Begriff der Verfassungsdirektiven insbe- sondere	66

c. Der Verfassungsgrundsatz	68
aa. Geschriebene und ungeschriebene Verfassungsgrundsätze	68
bb. Ungeschriebene Grundsätze insbesondere	69
cc. Allgemeine Rechtsgrundsätze und organisatorische (Grund-)Prinzipien	74
dd. Unterschiede und gemeinsame Merkmale von Verfassungsgrundsätzen und Verfassungssätzen	75
aaa. Strukturelle oder materielle Verschiedenheit?	75
bbb. Qualitative Verschiedenheit?	79
1. Richtigkeit?	79
2. Reichweite?	80
ccc. Fazit	81
ee. Zur konkretisierenden Rolle der Gesetzgebung	82
3. Abgrenzung zur Präambel	84
a. Vorbemerkung	84
b. Formelle Gesichtspunkte	84
aa. Die Präambel als Bestandteil der Verfassung	84
bb. Rückblick	85
cc. Struktur der Präambel - Abgrenzung zum Verfassungsgrundsatz	86
c. Funktion und Inhalt	88
d. Rechtliche Würdigung	90
4. Zielbestimmungen und Kompetenzbestimmungen	93
a. Ausgangspunkt: Kompetenzverteilung im Bund	93
b. Kompetenznormen ohne Zielbestimmungen und materielle Aufträge	94
c. Die Unmöglichkeit kategorialer Abgrenzungen innerhalb der Kompetenznormen	95
d. Kompetenzbestimmungen und Zielformulierungen	97
e. Zusammenfassung	99

5. Einordnung des Begriffs der Staatszielbestimmung	101
a. Staatszielbestimmung als Verfassungsgrundsatz	101
b. Abgrenzung der Staatszielbestimmungen von den zielgerichteten Kompetenznormen	102
C. Exkurs: Die Sozialstaatsklausel als Beispiel einer Staatszielbestimmung	104
1. Problemübersicht	104
2. Gegensatz Norm-Programm/Deklamation	105
3. Teilgehalte der Sozialstaatsklausel	107
a. Institutsgarantie? - Auftrag an den Gesetz- geber? - Anstossnorm?	107
b. Adressaten	
aa. Der Gesetzgeber insbesondere	110
bb. Die Bindung der Rechtsanwender	113
4. Schranken des Sozialstaatsprinzips	114
D. Verhältnis der Grundrechte zu den Zielbestimmungen	117
1. Grundlegung	117
2. Folgerungen	119
3. Das Modell der Wechselbeziehung zwischen Sozial- staatsklausel und Grundrechten	120
E. Die Richtlinien der Regierungspolitik als Zielformulierungen (Zielindikatoren)	123
1. Grundsätzliches: Wandelung der Regierungsfunktion	123
2. Materielle Charakterisierung der Richtlinien	126
3. Rechtliche Qualifizierung der Richtlinien	128
4. Bedeutung der Richtlinien als Planungsinstrument im Verhältnis zu den Staatszielbestimmungen der Verfassung	131

2. Teil: STAATSZIELBESTIMMUNGEN IN DER BUNDESVER-	
* FASSUNG	135
1. Staatszielbestimmungen und Wirtschaftsverfassung	136
A. Begriffliches	136
1. Der Begriff der Wirtschaftsverfassung	136
a. Einschränkung	136
b. Charakterisierung	136
2. Der Begriff der Sozialverfassung	138
a. Definition	138
b. Charakterisierung	138
B. Inhalt und Aufgabe der Wirtschaftsverfassung	141
1. Das traditionelle Wirtschaftsverfassungsdenken	141
a. Vorbemerkungen	141
b. Die "Regel-Ausnahme-Konzeption" als Ausdruck der HGF-zentrierten Wirtschaftsverfassung	141
c. Inhalt und ordnungspolitische Bedeutung der HGF	142
aa. Im Sinne der herkömmlichen Theorie	142
bb. Im Lichte des institutionellen Grundrechts- verständnisses	144
cc. Freie Konkurrenz und privatautonome Wirt- schaftsgestaltung in ihrem gegenseitigen Verhältnis	146
2. Die Weiterentwicklung des Wirtschaftsverfassungs- denkens	150
a. Grundlegung	150
b. Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftspolitik	151
aa. Definition:Wirtschaftspolitik	151

bb. Die mangelhafte Verankerung der Wirtschafts-	
politik in der Bundesverfassung	151
cc. Folgerungen	153
dd. Die Ergänzung der HGF durch den Konjunktur-	
artikel (Art. 31 quinquies BV) als Bestand-	
teil der Wirtschaftsverfassung insbesondere	154
aaa. Das Stabilitätsziel	154
bbb. Verfassungsrechtliche Bindungen	156
C. Staatszielbestimmungen als Bestandteil der Wirtschafts-	
und Sozialverfassung	158
1. Rechtsstrukturelle Umschreibung	158
a. Typologische Einordnung	158
aa. Verfassungsgrundsatz	158
bb. Programm?/Deklamation?	159
cc. Der Wohlfahrtsartikel als Staatszielbestim-	
mung	162
b. Vergleich von Wohlfahrts- und Zweckartikel	163
aa. Hypothese	164
bb. Erläuterung	164
2. Adressaten	166
a. Allgemeines	166
b. Gesetzgeber	168
c. Rechtsanwender	170
3. Normdichte	171
4. Existiert eine Sozialstaatsklausel in der Bundes-	
verfassung?	173
a. Das Problem	173
b. Pro und contra	174
c. Zusammenfassender Vergleich	177
d. Konsequenz	178

II. Probleme bei der Fruktifizierung von Staatszielbestimmungen	179
A. Justiziabilität von Staatszielbestimmungen	179
1. Definition	179
2. Justiziabilität und Verfassungsgerichtsbarkeit	179
3. Gesichtspunkte de lege ferenda	180
4. Die Justiziabilität von BV Art. 2 und 31 bis Abs. 1	184
a. Gewichtsverlagerung auf Gesetzgebung und Verfassungsrechtsprechung	184
b. Perspektiven für die Anwendung	184
B. Staatliche Leistungspflichten und ihre Abstützung auf Grundrechte und Staatszielbestimmungen	189
1. Der Stellenwert einer möglichen Horizontalwirkung der Staatszielbestimmungen und des Gleichheitssatzes	189
2. Staatliche Leistungspflichten aus Grundrechten - Blick auf die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichtes	190
3. BV Art. 4 und die Staatszielbestimmungen; Gemeinsamkeiten der Problematik	193
a. Allgemeines	193
aa. Wandel der Rechtsgleichheit	193
bb. Bereich funktioneller Uebereinstimmung zwischen BV Art. 4 und der "Sozialstaatsklausel" der Bundesverfassung	194
cc. Subjektives Recht und Rechtsreflex	196
b. Die Frage der Leistungsansprüche aus BV Art. 4 in der neuesten bundesgerichtlichen Praxis	197
4. Konsequenzen für die Dogmatik	199
a. Allgemeines	199
b. Legitimation der sozialstaatlichen Interpretation von BV Art. 4 durch die Staatszielbestimmungen	200

c. Die verschiedenen Teilgehalte der Rechtsgleichheit	202
aa. Grundsätzliches	202
bb. Konsequenzen	203
5. (Soziale) Grundrechte oder Staatszielbestimmungen als Grundlage staatlicher Leistungspflichten?	204
a. Grundlegung	204
b. Charakterisierung	205
aa. Begriffliche Einordnung	205
bb. Zielsetzung	206
c. Nivellierung des Rechtsgehaltes von Staatsziel- bestimmungen beim Ersatz sozialer Grundrech- te durch eine Generalklausel?	206
d. Ersatz sozialer Grundrechte durch Fruktifizie- rung von Staatszielbestimmungen?	207
aa. Die Idee der sozialen Grundrechte in ihrem Verhältnis zu den Staatszielbestimmungen	207
bb. Soziale Grundrechte als Integrationsfaktor	210

3. Teil: ZUR DISKUSSION UM DEN VERFASSUNGSENTWURF	
- Stellung und Funktion der Staatszielbestimmungen -	213
I. Einleitung	214
II. Die offene Verfassung	215
A. Offene Verfassung und Staatszweck	215
B. Die Wesenszüge des Verfassungsentwurfs	218
1. Das Problem	218
2. Die herausragende Bedeutung der Gesetzgebung	219
3. Die Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Bund und Kantonen	220
a. Die überwiegende Offenheit der Beziehung zwi- schen Bund und Kantonen	220
b. Einzelne sichernde Elemente	223
c. Folgerungen	225
C. Verfassungsentwurf und Verfassungswirklichkeit	227
III. Die Staatszielbestimmungen des Verfassungsentwurfs	229
A. Grundlagen	229
1. Identifikation der Staatszielbestimmungen anhand der erarbeiteten Kriterien	229
2. Die Staatszielbestimmungen im einzelnen	230
a. VE Art. 1 Abs. 1 insbesondere	230
b. VE Art. 2 insbesondere	231

B. VE Art. 2 im Verhältnis zu den übrigen zielorientierten Bestimmungen des Verfassungsentwurfs	235
1. Einleitung	235
2. Das Verhältnis zu den Grundrechten	235
3. Die Verknüpfung der Staatszielbestimmungen mit den Grundsätzen der Wirtschafts- und Sozialordnung	237
a. Die Verankerung der sogenannten Sozialrechte	237
b. Die Bedeutung der Grundsätze der Eigentums- und Wirtschaftspolitik	240
aa. Bestandesaufnahme	240
bb. Die Gestaltung der Eigentums- und Wirtschaftsordnung	242
aaa. Charakterisierung	242
bbb. Formuliert der Verfassungsentwurf eine bestimmbare Wirtschaftspolitik?	245
C. Materielle und institutionelle Vorkehren als Gegengewicht zum Netz der Zielbestimmungen	248
1. Materielle Vorkehren	248
2. Institutionelle Vorkehren	249
a. Verfassungsgerichtsbarkeit	249
b. Foederalismuskonzept (Verweisung)	252
IV. Würdigung	253

LITERATURVERZEICHNIS

Die Zitierweise ist hervorgehoben. Weitere Anmerkungen finden sich im Text.

- Abendroth Wolfgang: Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt 1968, 114 ff.
- Allemann Hugo: Die Handels- und Gewerbebefreiheit - wankende Säule unserer Wirtschaftsverfassung, in: WuR, 25 (1973), 1 ff.
- Aubert Jean-François: Traité de Droit constitutionnel Suisse, 2 Bände, Neuchâtel 1967.
- derselbe Hiérarchie des règles, in: ZSR 93 (1974), 193 ff.
- derselbe Exposé des institutions politiques de la Suisse à partir de quelques affaires controversées, Lausanne 1978.
- derselbe/
Jagmetti Riccardo L.: Die Verfassungsmässigkeit des Entwurfs vom 14. Oktober 1970 für ein Bundesgesetz über die Raumplanung, in: WuR 23 (1971), 132 ff.
- Bachof Otto: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt 1968, 201 ff.
- Bäumlin Richard: Die rechtsstaatliche Demokratie, Diss. Bern, 1954.
- derselbe Staat, Recht und Geschichte, Eine Studie zum Wesen des geschichtlichen Rechts, entwickelt an den Grundproblemen von Verfassung und Verwaltung, Zürich 1961.
- derselbe Der schweizerische Rechtsstaatsgedanke, in: ZBJV 101 (1965), 81 ff.

- derselbe Was lässt sich von einer Totalrevision erwarten?, in: ZSR 87 (1968), 377 ff.
- derselbe Lebendige oder gebändigte Demokratie?, Basel 1978.
- Benda Ernst: Rechtsstaat im sozialen Wandel, in: AöR 101 (1976), 497 ff.
- Benz Christian: Kodifikation der Sozialrechte, Diss. Zürich, 1973.
- Betti Emilio: Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften, Tübingen 1967.
- Binswanger Hans Christoph: Eigentum und Eigentumspolitik, Zürich 1978.
- Böckenförde: Ernst Wolfgang: Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: Staat - Gesellschaft - Freiheit, Frankfurt a.M. 1976, 185 ff.
- derselbe Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffes, in: Staat - Gesellschaft - Freiheit, Frankfurt a.M. 1976, 65 ff.
- derselbe Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: Staat - Gesellschaft - Freiheit, Frankfurt a.M. 1976, 221 ff.
- Bosshart Jürg: Demonstrationen auf öffentlichem Grund, Diss. Zürich, 1973.
- Bridel Marcel/
Moor Pierre Observations sur la hiérarchie des règles constitutionnelles, in: ZSR 87 (1968), 405 ff.
- Bull Hans Peter: Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, Taschenbuchausgabe der 2. Auflage, Kronberg/Ts. 1977.
- Burckhardt Walther: Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. A., Bern 1931.
- derselbe Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Basel 1927.
- Burkhard Ueli: Von den Funktionen des Banken- und Krisenartikels der Bundesverfassung im Rahmen der schweizerischen Wirtschaftsverfassung, Diss. St. Gallen, 1974.

- Campiche Edouard Georges: Die verfassungskonforme Auslegung, Diss. Zürich, 1978.
- Capitani de Silvio: Die konjunkturpolitischen Befugnisse des Bundes aufgrund von Art. 31 quinquies der Bundesverfassung, Diss. Zürich, 1952.
- Capitani de Werner: Die verfassungsrechtliche Grundlage des Interventionismus, Diss. Zürich, 1960.
- Contiades Ion: Verfassungsgesetzliche Staatsstrukturbestimmungen, res publica, Bd. 16, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1967.
- Chenau-Repond Dieter: Leitbilder und Wirklichkeit im Spiegel des Verfassungsentwurfes, in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, NZZ-Schriften zur Zeit, 42, Zürich 1979, 25 ff.
- Christen Heinz Peter: Die Wirtschaftsverfassung des Interventionismus, Diss. St. Gallen, 1970.
- Dombois Hans: Artikel "Institution", in: Evangelisches Staatslexikon, 2., vollständig neu bearbeitete und erweiterte A., Stuttgart 1975. (zit.: EvStL).
- Ehmke Horst: Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in VVDStRL 20 (1963), 53 ff.
- derselbe "Staat" und "Gesellschaft" als verfassungstheoretisches Problem, in: Festschrift für Rudolf Smend, Tübingen 1962, 23 ff.
- Eichenberger Kurt: Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, ASR 341, Bern 1960.
- derselbe Leistungsstaat und Demokratie, Basel 1969.
- derselbe Systemwahrende Kontinuität in Verfassungsänderungen, in: Geschichte und politische Wissenschaft, Festschrift für E. Gruner zum 60. Geburtstag, Bern 1975, 195 ff.
- derselbe Fragen des Ausmasses und der Methoden von Partialrevisionen der Bundesverfassung im Vorfeld der Totalrevision, in: ZSR 96 (1977), 209 ff.
- Esser Josef: Grundsatz und Norm, 3.A., Tübingen 1974.

- Fechner Erich: Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt 1968, 73 ff.
- Fleiner Fritz/
Giacometti Zaccaria Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949. (zit.: Fleiner/Giacometti).
- Fleiner Thomas: Rechtsgutachten über die Verfassungsmässigkeit des Vorentwurfes zu einem Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 18.12.1973, WuR 27 (1975), 201 ff.
- derselbe Recht und Gerechtigkeit, Zürich, 1975.
- derselbe Die rechtliche und staatspolitische Bedeutung der Präambel unserer Bundesverfassung, in: Reformatio 25, Bern 1976.
- Forsthoff Ernst: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt 1968, 165 ff.
- derselbe Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Verfassung, Darmstadt 1978, 117 ff.
- derselbe Verfassungsprobleme des Sozialstaates, in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt 1968, 145 ff.
- Friedman Lawrence: The legal system, New York 1975.
- Froesch Klaus Peter: Ausdrückliche und stillschweigende Kompetenzverteilung im Bundesstaat, Zürich 1955.
- Gadamer Hand Georg: Wahrheit und Methode, 2.A., Tübingen 1965.
- Germann Raimund E.: Politische Innovation und Verfassungsreform, St. Galler Studien zur Politikwissenschaft, Bd. 3, Bern 1975.
- Giacometti Zaccaria, Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit, in: ZSR 74 (1955), 149 ff.
- derselbe Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Allgemeines Verwaltungsrecht des Rechtsstaates, 1. Bd., Zürich 1960.
- Goerlich Helmut: Wertordnung und Grundgesetz, Baden-Baden, 1973.

- Grimm Dieter: Verfassungsfunktion und Grundgesetz-reform, in: AöR 97 (1972), 489 ff.
- Grisel André: Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970.
- derselbe Droit public non écrit, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel/Stuttgart 1972, 139 ff.
- Grisel Etienne: Les droits sociaux, in: ZSR 92 (1973), 1 ff.
- Gygi Fritz: Interventionsrecht und Interventions-verwaltung, ASR 334, Bern 1958.
- derselbe Rechtsfragen der Wirtschaftsplanung, in: Planung II, Baden-Baden 1966, 113 ff.
- derselbe Zur Rechtsetzungszuständigkeit des Bundes auf dem Gebiet des Zivilrechts (BV 64), in: ZSR 95 (1976), 343 ff.
- derselbe Wirtschaftspolitik als Begriff des Verfassungs-rechts, in: Schweizerische Wirtschaftspolitik zwischen gestern und morgen, Festgabe zum 65. Geburtstag von Hugo Sieber, Bern 1976, 73 ff.
- derselbe Die Schweizerische Wirtschaftsverfassung, 2. erweiterte A., Berner Beiträge zur National-ökonomie, Bd. 34, Bern und Stuttgart 1978.
- derselbe Wirtschaftsfreiheit und Wirtschaftsordnung im Verfassungsentwurf, in: Totalrevision der Bundesverfassung - Notwendigkeit oder Wunsch-traum? Schriften des SAD 15, Zürich 1978, 99 ff.
- Häberle Peter: "Gemeinwohljudikatur" und Bundesver-fassungsgericht, in: AöR 95 (1970), 86 ff.
- derselbe Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 2. erg.A., Karlsruhe 1972. (zit.: Wesensgehalt).
- derselbe Grundrechte im Leistungsstaat, in: VVDStRL 30 (1972), 43 ff.
- derselbe Die offene Gesellschaft der Verfassungsinter-preten, in: JZ 1975, 297 ff.
- derselbe Verfassungsinterpretation und Verfassunggebung, in: ZSR 97 (1978), 1 ff.

- Haeffliger Arthur: Rechtsgleichheit und Gesetzgeber, in: Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, Bern/Stuttgart 1979, 379 ff.
- Haller Walter: Die akademische Lehrfreiheit als verfassungsmässiges Recht, in: ZSR 95 (1976), 113 ff.
- derselbe Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit?, in: ZSR 97 (1978), 501 ff.
- Hangartner Yvo: Die Freiheitsgarantie der Bundesverfassung, ZBl 70 (1969), 337 ff.
- derselbe Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Bern/Frankfurt a.M. 1974.
- derselbe Bundesstaat im Wandel, in: ZSR 97 (1978), 379 ff.
- Hartwich Hans Hermann: Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo, Köln-Opladen 1970.
- Hedemann Flucht in die Generalklauseln, Tübingen 1933.
- Helbling Der Sinn der Präambel, in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, NZZ-Schriften zur Zeit, 42, Zürich 1979, 15 f.
- Heller Hermann: Staatslehre, 4. unv.A., Leiden 1970.
- Hennis Wilhelm: Verfassung und Verfassungswirklichkeit, in: Verfassung, Darmstadt 1978, 232 ff.
- Hesse Konrad: Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, in AöR NF 38 (1951/52) 167 ff.
- derselbe Rechtsstaat im Verfassungssystem, in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt 1968, 557 ff.
- derselbe Grenzen der Verfassungswandlung, in: Festschrift für Ulrich Scheuner, Berlin 1973, 123 ff.
- derselbe Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 10.A., Karlsruhe 1977.
- derselbe Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: DöV 1975, 437 ff.
- Hinderling Hans Georg: Rechtsnorm und Verstehen, ASR 407, Bern 1971.

- Hollerbach Alexander: Die Auflösung der rechtstaatlichen Verfassung, in: Verfassung, Darmstadt 1978, 153 ff.
- Hotz Werner Friedrich: Zur Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis zur Handels- und Gewerbefreiheit, Diss. Zürich, 1977.
- Huber Hans: Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen, in: ZSR 74 (1955), 173 ff.
- derselbe Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Grundrechte und die schweizerische Rechtsprechung, in: Recht, Staat, Wirtschaft, Bd. IV, 1953, 120 ff.
- derselbe Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, in: ZBJV 91 bis (1955), 95 ff.
- derselbe Grundsätze in der Auslegung der Wirtschaftsartikel, in: WuR 10 (1958), 1 ff.
- derselbe Wirtschaftspolitische Ziele in der Verfassung?, in: Huber/Tuchtfeldt, Wirtschaftspolitische Ziele in der Verfassung, Staat und Politik Bd. 11, Bern 1970, 7 ff.
- derselbe Formenreichtum der Verfassung und seine Bedeutung für ihre Auslegung, in: ZBJV 107 (1971), 172 ff.
- derselbe Die persönliche Freiheit, in: SJZ 1973, 113 ff.
- derselbe Ueber die Konkretisierung der Grundrechte, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel, 1972, 191 ff.
- derselbe Ueber den Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Verwaltungsrecht, in: ZSR 96 (1977), 1ff.
- derselbe Rückblick auf die neuen Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, in: Schweizerische Wirtschaftspolitik zwischen gestern und morgen, Festgabe zum 65. Geburtstag von Hugo Sieber, Bern 1976, 57 ff.
- derselbe Abenteuer, Sandkastenübung oder Notwendigkeit?, in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, NZZ-Schriften zur Zeit, 42, Zürich 1979, 53 ff.

- derselbe Feilen und Rütteln am Bundesstaat, in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, NZZ-Schriften zur Zeit, 42, Zürich 1979, 121 ff.
- derselbe Eigentumsgarantie und Eigentumspolitik, in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, NZZ-Schriften zur Zeit, 42, Zürich 1979, 133 ff.
- derselbe Die Wirtschaftsfreiheit, in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, NZZ-Schriften zur Zeit, 42, Zürich 1979, 225 ff.
- Imboden Max: Normenkontrolle und Norminterpretation, in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Festschrift für Hans Huber, Bern 1961, 133 ff.
- derselbe /
Rhinow René Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5.A., Basel und Stuttgart 1976, (zit.: Imboden/Rhinow).
- Ipsen Hans Peter: Ueber das Grundgesetz, in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt 1968, 16 ff.
- Isensee Josef: Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 80, Berlin 1968.
- Junod Charles-André: Libertés économiques, ordre public et polizique sociale, in: 14e journée juridique, Genève 1974, ersch. 1975, 67 ff.
- derselbe Problèmes actuels de la constitution économique suisse, in: ZSR 89 (1970), 591 ff.
- Kägi Werner: Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich 1945.
- Kaufmann Otto Konstantin: Die Sozialordnung, Eigentumsordnung und Wirtschaftsordnung des Verfassungsentwurfs, in: ZSR 97 (1978), 285 ff.
- Klein Hans Hugo: Oeffentliche und private Freiheit, in: Der Staat 10 (1971), 145 ff.
- Knapp Blaise: Les droits sociaux et économiques dans une nouvelle constitution fédérale, ZBl 71 (1970), 345 ff, 369 ff.
- Köttgen Arnold: Der soziale Bundesstaat, in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt 1968, 431 ff.

- Koller Arnold: Zur rechtlichen Realisierung neuer wirtschaftspolitischer Ziele, in WuR 27 (1975), 181 ff.
- Kopp Hans W.: Inhalt und Form der Gesetze (2 Bd.), Diss. Zürich, 1958.
- Krüger Herbert: Allgemeine Staatslehre, 2.A., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1966.
- derselbe Die verfassungsrechtliche Beurteilung wirtschaftspolitischer Entscheidungen, in: DöV 1971, 289 ff. (zit.: wirtschaftspolitische Entscheidungen).
- derselbe Der Verfassungsgrundsatz, in: Festschrift für E. Forsthoff, München 1972, 187 ff.
- derselbe Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen, in: Festschrift für Ulrich Scheuner, Berlin 1973, 285 ff.
- derselbe Die Verfassung als Programm nationaler Integration, in: Festschrift für Friedrich Berber, München 1973, 247 ff. (zit.: nationale Integration).
- derselbe Subkonstitutionelle Verfassungen, in: DöV 1976, 613 ff.
- Lanz Christoph: Politische Planung und Parlament, Diss. Bern, 1977.
- Larenz Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2.A., Berlin-Heidelberg-New York, 1969.
- Lehmann-Brauns Uwe: Die staatsrechtliche Bedeutung der Präambel des Grundgesetzes, Diss. Berlin, 1964.
- Lendi Martin: Planungsrecht und Eigentum, in: ZSR 95 (1976), 1 ff.
- derselbe Die Frage nach dem Staatszweck, in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, NZZ-Schriften zur Zeit, 42, Zürich 1979, 31 ff.
- Lerche Peter: Uebermass und Verfassungsrecht, Köln-Berlin-München-Bonn 1961.
- derselbe Verfassungsdirektiven, in: AöR 90 (1965), 341 ff.
- derselbe Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum, Festschrift für Theodor Maunz, München 1971, 285 ff.

- Linder Wolf: Planung und Verfassung, in: ZSR 96 (1977), 369 ff.
- derselbe/
Hotz Beat/
Werder Hans Planung in der schweizerischen Demokratie, Res publica helvetica, 11, Bern 1979.
- Lüchinger Die Auslegung der Schweizerischen Bundesverfassung, Diss. Zürich, 1954.
- Luhmann Niklas: Grundrechte als Institution, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 24, Berlin 1965.
- Martens Wolfgang: Grundrechte im Leistungsstaat, in: VVDStRL 30, 1972, 7 ff.
- Marti Die religiöse Präambel der Bundesverfassung, in: Der Bernische Notar, 15 Jg. (1954), Beilage zu Heft 1, 1 ff.
- derselbe Die Wirtschaftsfreiheit der Schweizerischen Bundesverfassung, Basel 1976.
- derselbe Die staatsrechtliche Beschwerde, 3.A., Basel 1977.
- derselbe Die Wirtschaftsfreiheit im Experten-Verfassungs-entwurf, in: Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, Bern-Stuttgart 1979, 391 ff.
- Mastronardi Philippe: Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 349, Berlin 1978.
- Maunz Theodor: Deutsches Staatsrecht, 21.A., München 1977.
- derselbe/
Dürig Günter,
Herzog Roman,
Scholz Rupert Grundgesetz, Kommentar (Bearbeitungen 1976 resp. teilweise 1978). Zit. : Maunz, Dürig, Herzog, Scholz.
- Meier-Hayoz Arthur: Zur Eigentumsordnung, in: ZSR 97 (1978), 313 ff.
- Meyer-Cording Ulrich: Die Rechtsnormen, Tübingen 1971.
- Mignon Maxime: La valeur juridique du Préambule de la Constitution selon la Doctrine de la Jurisprudence, in: Recueil Dalloz, Paris 1951, 127 ff.

- Moser Anton: Der Wohlstand als Postulat der BV, in: ZSR 67 (1948), 285 ff.
- Morand Charles-Albert: Les droits fondamentaux en Suisse, in: Recueil des travaux suisses présentés au IXe Congrès international de droit comparé, Basel 1976, 197 ff.
- Müller Friedrich: Positivität der Grundrechte, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 100, Berlin 1969, (zit.: Müller F., Positivität).
- derselbe Normstruktur und Normativität, Schriften zur Rechts-theorie, H.8, Berlin 1966, (zit.: Müller F., Normstruktur).
- Müller Georg: Inhalt und Formen der Rechtsetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Basel 1979, (zit.: Müller G., Inhalt und Formen).
- Müller Jörg P.: Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Diss. Bern, 1964.
- derselbe Soziale Grundrechte in der Verfassung?, in: ZSR 92 (1973), 687 ff.
- derselbe Grundrechte und staatsleitende Grundsätze im Spannungsfeld heutiger Grundrechtstheorie, in: ZSR 97 (1978), 265 ff.
- derselbe Grundrechte in einer revidierten Bundesverfassung, in: Totalrevision der Bundesverfassung - Notwendigkeit oder Wunschtraum?, Schriften des SAD 15, 77 ff.
- Navratil Leo: Gespräche mit Schizophrenen, München 1978.
- Nawiasky Hans: Aufbau und Begriff der Eidgenossenschaft, St. Gallen 1937.
- Nef Hans: Handels- und Gewerbefreiheit, SJK, Karten 616 und 618.
- Noll Peter: Gesetzgebungslehre, Reinbek, 1973.
- Pfister Walter E.: Regierungsprogramm und Richtlinien der Politik, Europäische Hochschulschriften Bd. 108, Bern 1974.

- Pfisterer Thomas: Der Bundesbeschluss über dringliche Massnahmen auf dem Gebiete der Raumplanung - eine Bilanz, in: ZBl 76 (1975), 17 ff.
- Quaritsch Helmut: Artikel "Institutionelle Garantie" in EvStL, 2.A., 1975, 1022 ff.
- Rennér Felix: Der Verfassungsbegriff im staatsrechtlichen Denken der Schweiz im 19. und 20 Jahrhundert, Diss. Zürich, 1968.
- Ress Georg: Der Conseil Constitutionnel und der Schutz der Grundfreiheiten in Frankreich, in: JöR NF 23 (1974), 121 ff.
- Rey Heinz: Dynamisiertes Eigentum, in: ZSR 96 (1977), 65 ff.
- Rhinow René A.: Der Grundrechtskatalog als Problem des Verfassungsrechts, in: ZBl 70 (1969), 225 ff.
- derselbe Versuch einer kritischen Zwischenbilanz. -Zur Diskussion über den Bundesverfassungsentwurf, in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, NZZ-Schriften zur Zeit, 42, Zürich 1979, 80 ff.
- Rieben Jürg: Verfassungsrechtliche Aspekte der Geldpolitik, ASR 437, Bern 1975.
- Ridder Helmut K.: Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem GG für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1960, 3 ff.
- derselbe Meinungsfreiheit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Grundrechte, Bd. II, 2. unv. A., Berlin 1968, 243 ff.
- Roche Jean: Zur Kontrolle der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen in Frankreich, in: DöV 29 (1976), 329 ff.
- Rupp Hans Heinrich: Vom Wandel der Grundrechte, in: AöR 101 (1976), 161 ff.
- Saladin Peter: Funktion der Grundrechte in einer revidierten Verfassung, in: ZSR 87 (1968), 531 ff.
- derselbe Die Kunst der Verfassungserneuerung, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel/Stuttgart 1972, 269 ff.

- derselbe Unerfüllte Bundesverfassung?, in: ZSR 93 (1974), 307 ff. (zit.: Unerfüllte BV?).
- derselbe Entwicklungshilfe als Verfassungsauftrag, in: ZSR 91 (1972), 121 ff.
- derselbe Grundrechte im Wandel, 2.A., Bern 1975.
- derselbe das Verfassungsprinzip der Fairness, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Basel 1975, 41 ff.
- derselbe Bemerkungen zu Struktur und Stil der Schweizerischen Bundesverfassung, in: Recueil des travaux suisses présentés au IXe Congrès international de droit comparé, Basel 1976, 219 ff.
- derselbe Lebendiger Foederalismus, in: ZSR 97 (1978), 407 ff.
- derselbe Rahmengesetze im Bundesstaat, in: ZBJV 114 (1978), 505 ff.
- Sieber Hugo: Ziele der Wirtschaft und der Wirtschaftspolitik, in: WuR 27 (1975), 160 ff.
- derselbe Wirtschaftspolitische Betrachtungen zur Revision der Bundesverfassung, Schriftenreihe des Vorortes, Nr. 14, Zürich 1978.
- Siecken Hans Jochen: Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes in Literatur und Rechtsprechung, Diss. Göttingen, 1974.
- Smend Rudolf: Verfassung und Verfassungsrecht, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, 2.A., Berlin 1968, 119 ff.
- derselbe Artikel "Integration" in: EvStL, 2.A., Stuttgart/Berlin, 1975, 1023 ff.
- Suhr Dieter: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, in: Der Staat (9) 1970, 67 ff.
- Schaumann Wilfried: Der Auftrag des Gesetzgebers zur Verwirklichung der Freiheitsrechte, in: JZ 1970, 48 ff.
- Scheuner Ulrich: Pressefreiheit, in: VVDStRL 22 (1965), 2 ff.

- derselbe Das Grundgesetz in der Entwicklung zweier Jahrzehnte, in: AöR 95 (1970), 353 ff.
- derselbe Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat, in: DöV 1971, 505 ff.
- derselbe Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, Einführung, Frankfurt a.M. 1971, 9 ff.
- derselbe Staatszielbestimmungen, in: Verfassung, Darmstadt 1978, 329 ff.
- Schindler sen. Dietrich: Verfassungsrecht und soziale Struktur, 2.A., Zürich 1944.
- Schindler jun. Dietrich: Die Bundessubventionen als Rechtsproblem, Diss. Zürich, 1951.
- derselbe Die offenen Teile des Verfassungsentwurfs, in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, NZZ-Schriften zur Zeit, 42, Zürich 1979, 46 ff.
- Schluep Walter R.: Was ist Wirtschaftsrecht?, in: Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, 25 ff.
- derselbe Schweizerische Wettbewerbspolitik zwischen gestern und morgen, in: Schweizerische Wirtschaftspolitik zwischen gestern und morgen, Festgabe zum 65. Geburtstag von Hugo Sieber, Bern 1976, 95 ff.
- derselbe Grundzüge des Entwurfs der Expertenkommission zur Revision des BG über Kartelle und ähnliche Organisationen, in: ZBJV 115 (1979), 65 ff.
- derselbe Wirtschafts- und Sozialverfassung, in: ZSR 97 (1978), 335 ff.
- Schmid Gerhard: Offenheit und Dichte in der Verfassungsgebung, in: Social strategies 11, Basel 1978, 315 ff.
- derselbe Die direkte Demokratie im magischen Vieleck der Staatsziele, in: ZSR 97 (1978), 457 ff.
- derselbe Zur Ausgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit im Entwurf einer totalrevidierten Bundesverfassung, in: Totalrevision der Bundesverfassung - Notwendigkeit oder Wunschtraum?, Schriften des SAD 15, Zürich 1978, 135 ff.

- derselbe Zum Staats- und Verfassungsverständnis der Totalrevisionskommission, in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, NZZ-Schriften zur Zeit, 42, Zürich 1979, 39 ff.
- Schmitt Carl: Verfassungslehre, 5. unv. A., Berlin 1970.
- derselbe Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924 - 1954, 2.A., Berlin-München, 1958, Nachdruck München 1973.
- Schürmann Leo: Die rechtliche Tragweite der neuen Wirtschaftsartikel in der Bundesverfassung, in: ZBl 49, 1948, 33 ff, 57 ff, 89 ff.
- derselbe Richtlinien der Politik des schweizerischen Bundesrates, in: ZBl 69 (1968), 407 ff.
- derselbe Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 1978.
- Schweingruber Edwin: Sozialgesetzgebung der Schweiz, 2.A., Zürich 1977.
- Stahlmann Gerhard: Die Verwirklichung des sozialen Rechtsstaates als Voraussetzung der individuellen Freiheit, Diss. Göttingen 1973.
- Staatslexikon Evangelisches, 2. neu bearbeitete und erweiterte A., Stuttgart/Berlin 1975, zit.: EvStL.
- Steiner Paul: Die Präambel der Schweizerischen Bundesverfassung; "Im Namen Gottes des Allmächtigen", in: Stillstand und Fortentwicklung im Schweizerischen Recht, St. Galler Festgabe 1965, 425 ff.
- Steinlin Christoph: Eidgenössische und kantonale Raumplanungskompetenzen, Diss. Bern, 1978.
- Stern Klaus: Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, München 1977.
- derselbe Artikel "Sozialstaat", in: Evangelisches Staatslexikon, 2. neu bearbeitete und erweiterte A., Stuttgart/Berlin 1975, zit.: Artikel "Sozialstaat", in: EvStL.
- Teubner Gunther: Standards und Direktiven in General-klauseln, Frankfurt a.M. 1971.
- Tschudi Hans Peter: Der Schweizerische Sozialstaat Realität und Verpflichtung, in: Schweizerische Wirtschaftspolitik zwischen gestern und morgen, Festgabe zum 65. Geburtstag von Hugo Sieber, Bern 1976, 131 ff.

- Tuchtfeldt Egon: Wirtschaftspolitische Ziele in der Verfassung, in: Huber/Tuchtfeldt, Wirtschaftspolitische Ziele in der Verfassung, Staat und Politik, Bd. 11, Bern 1970, 43 ff.
- Venanzoni Reto: Konkurrenz von Grundrechten, in: ZSR 98 (1979), 267 ff.
- Viehweg Theodor: Topik und Jurisprudenz, 5.A., München 1974.
- Weber Rolf H.: Eigentum als Rechtsinstitut, in: ZSR 97 (1978), 161 ff.
- Weber Werner: Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, in: Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 3.A., Berlin 1970, 249 ff.
- Weber-Dürler Beatrice: Die Rechtsgleichheit in ihrer Bedeutung für die Rechtsetzung, ASR 419, Bern 1973.
- Wedel von Henning: Staatszielbestimmungen als Mittel der Verfassungsvergleichung, in: Verfassung und Recht in Uebersee, 10. Jg., Hamburg 1977, 79 ff.
- Weinhold Werner: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Sozialstaatsprinzip, Diss. Marburg, 1977.
- Weisel Horst: Der Sozialstaatsgrundsatz des Bonner Grundgesetzes, Diss. Marburg, 1960.
- Werder Michael: Eigentum und Verfassungswandel, Diss. Bern, 1978.
- Wespi Kaspar: Die Drittwirkung der Freiheitsrechte, Diss. Zürich, 1968.
- Werner Josua: Grundrechte, Sozialrechte und Zielansprache, in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, NZZ-Schriften zur Zeit, 42, Zürich 1979, 205 ff.
- Wildhaber Luzius: Soziale Grundrechte, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel und Stuttgart 1972, 371 ff.
- derselbe Projekt einer Totalrevision der Bundesverfassung, in: JöR 26 (1977), 239 ff.

- Wilk Konrad: Die Staatsformbestimmungen der Weimarer Reichsverfassung, Berlin 1932.
- Willke Helmut: Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 265, Berlin 1975.
- Wimmer Norbert: Materiales Verfassungsverständnis, Ein Beitrag zur Theorie der Verfassungsinterpretation, Wien-New York 1971.
- Wittmann Walter: Ziele und Zielkonflikte in der schweizerischen Wirtschaftspolitik, in: WuR 27 (1975), 143 ff.
- Wolff Hans J.: Verwaltungsrecht I, München-Berlin 1968.
- Wolffers Arthur: Neue Aspekte des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit, in: ZBJV 96 (1977), 297 ff.
- Youssef Magda: Verfassungsrechtliche Probleme der Konjunkturpolitik, Diss. Zürich, 1978.
- Zäch Roger: Tendenzen der juristischen Auslegungslehre, in: ZSR 96 (1977), 313 ff.
- Zais Dietrich: Rechtsnatur und Rechtsgehalt der Präambel des Grundgesetzes für die Bundesrepublik vom 23.5.49, Diss. Tübingen, 1973.
- Zimmerli Ulrich: Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, in: ZSR 97 (1978), 1 ff.
- Zimmermann Paul: Das Verhältnis von Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie, Diss. Zürich, 1979.

Das Werk von R.A. Rhinow, Rechtsetzung und Methodik, Basel 1979, war erst nach Fertigstellung des Manuskripts erhältlich und konnte deshalb nicht mehr berücksichtigt werden.

MATERIALIEN

- Richtlinien der Regierungspolitik
- Richtlinien der Gesetzgebung des Bundes, herausgegeben von der Bundeskanzlei und von der Eidgenössischen Justizabteilung, Bern 1976.
- Schlussbericht der Arbeitsgruppe Wahlen für die Totalrevision der Bundesverfassung, Bern 1973, zit.: SchlB.
- Verfassungsentwurf der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bern 1977. Zit.: VE.
- Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung der Totalrevision der Bundesverfassung, Bern 1977. Zit.: VEB.
- Arbeitspapiere I der Expertenkommission für die Vorbereitung der Totalrevision der Bundesverfassung, Bern 1974, zit.: AP I.
- Verfassung des Kantons Aargau, Bericht des Redaktors und der Redaktionskommission über den Entwurf vom Februar 1976 der Verfassung des Kantons Aargau, Aarau 1976, zit.: Bericht KVE /AG.
- Verfassung des Kantons Aargau, Bericht der Redaktionskommission und des Verfassungsredaktors zur Vorlage für die 2. Beratung des Entwurfs der Verfassung des Kantons Aargau, Aarau, 1978, zit.: Bericht zur Vorlage für die 2. Beratung des Entwurfs der KV /AG.

Ausserdem wurde die in Entstehung begriffene "Darstellung der Verhandlungen der Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesverfassung" beigezogen. Vereinzelt Hinweise auf deren Inhalt erfolgten im dritten Teil unter dem provisorischen Titel. Herrn Dr. A. Lombardi, Sekretär der Expertenkommission für die Vorbereitung der Totalrevision der Bundesverfassung, danke ich für die mir grosszügig gewährte Möglichkeit der Einsichtnahme.

EINLEITUNG

1. Die vorliegende Arbeit setzt sich zum Ziel, die Problematik der Staatszielbestimmungen (1) näher zu untersuchen. Im ersten Teil liegt der Schwerpunkt einerseits auf der Darlegung des zugrunde liegenden Verfassungsverständnisses, was eine Auseinandersetzung mit den verschiedenen Grundrechtstheorien sowie dem Problem der Verfassungsinterpretation bedingt. Andererseits sind die Staatszielbestimmungen ins Verfassungsgefüge einzuordnen und gegenüber anderen Typen verfassungsrechtlicher Normierung abzugrenzen. Ein Exkurs gilt ausserdem der Sozialstaatsklausel des Deutschen Grundgesetzes als Beispiel einer Staatszielbestimmung.
2. In zweiten Teil werden der "Zweckartikel" (Art. 2 BV) und der "Wohlfahrtsartikel" (Art. 31 bis Abs. 1) behandelt, die man recht eigentlich als S t a a t s z i e l b e s t i m m u n g e n bezeichnen kann, da sie nicht nur einzelne Teilgebiete, sondern die Verfassung als Ganzes prägen.

Besonderes Augenmerk gilt der Bedeutung des Wohlfahrtsartikels im Rahmen der Wirtschaftsverfassung sowie der Frage, ob die Staatszielbestimmungen zu Recht ein Aschenputteldasein fristen, oder ob es sich rechtfertigen liesse, sie zu aktivieren und wenn ja, in welchem Ausmass. Dadurch wird auch der Bezug zur Problematik der sozialen Grundrechte hergestellt.

(1) Begriff in die Diskussion eingeführt von Ipsen, Ueber das Grundgesetz , 16 ff, 21.

3. Der dritte Teil analysiert die Zielbestimmungen des Vorentwurfs für eine Totalrevision der Bundesverfassung. Dort sind verschiedene Gruppen zielorientierter, programmatischer Bestimmungen zu finden. Die Vielzahl von Zielnormen erklärt sich unmittelbar aus der Konzeption der "offenen Verfassung", auf welcher der Entwurf aufbaut.

1. TEIL: G R U N D L A G E N

I. DAS DER ARBEIT ZU GRUNDE LIEGENDE VERFASSUNGS- VERSTAENDNIS

A. BEGRIFF DER VERFASSUNG

1. Die Frage nach dem allgemeinen und theoretischen Verfas- sungsbegriff (2)

Begriff und Eigenart der Verfassung sind in der Lehre nach wie vor vieldeutig und nicht in eine einheitliche herrschende Lehre gefasst (3). Das mag darauf zurückzuführen sein, dass die Kreation eines abstrakten Verfassungsbegriffs für die Lösung konkreter Probleme nicht viel zu leisten vermag (4). Die Analyse der Grundordnungen verschiedener Staaten oder Rechtskreise lässt nur die Möglichkeit einer sehr weit gefassten Definition offen oder zwingt zur Beschränkung auf einen bestimmten Verfassungstypus; der Erkenntniswert bleibt jedoch stets bescheiden (5). Das Problem kann daher offen bleiben. Hingegen ist zu prüfen, worin Sinn und Aufgabe der Verfassung bestehen (6). Zuvor ist jedoch die Abgrenzung der Verfassungsnormen von den übrigen Rechtsnormen zu klären, das heisst, es sind der Begriff der formellen und der materiellen Verfassung kurz darzulegen.

(2) Zum Verfassungsbegriff im staatsrechtlichen Denken der Schweiz; Renner, Verfassungsbegriff.

(3) Hesse, Grundzüge, 3; Renner, Verfassungsbegriff, 5.

(4) Häfelin, Verfassungsgebung, 78; Müller, Grundrechte, 736 f.

(5) Häfelin, aaO, 78.

(6) Im folgenden C.

2. Die Verfassung im formellen Sinn

Die Verfassung im formellen Sinn unterscheidet sich von den übrigen Normen der Rechtsordnung durch die Form ihres Zustandekommens (7). Für Verfassungsgebung einerseits, Gesetzgebung andererseits sind verschiedene Organe zuständig. Dagegen setzt der Verfassungsbegriff nicht wesensnotwendig die Verankerung einer besonderen Verfassungsurkunde (8) voraus. Nur aufgrund des gegenüber der Gesetzgebung qualifizierten Verfahrens ihrer Entstehung erhebt die Verfassung Anspruch auf "erhöhte formelle Gesetzeskraft" (9). Demzufolge ist die Abänderung der Verfassung durch die Gesetzgebung unzulässig, was wiederum die erschwerte Abänderlichkeit der Verfassung erklärt (10). Daraus ergibt sich im Rahmen der Rechtsordnung der höchste Rang der Verfassung (11) und es wird die Dauerhaftigkeit der Verfassung als einer die ganze Rechtsordnung prägenden Einrichtung betont.

(7) Christen, *Wirtschaftsverfassung*, 126; Häberle, *Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung*, 15 f.

(8) Renner, *aaO*, 117; Fleiner/Giacometti, 22.

(9) Fleiner/Giacometti, 22, dazu auch Huber, *Probleme*, 112, mit Anm. 2;
gegen diese Auffassung Kägi, *Grundordnung*, 60 ff und *passim*, der die erhöhte formelle Gesetzeskraft nur als Ausdruck der Wesentlichkeit des Inhalts betrachtet.

(10) Fleiner/Giacometti, 23.

(11) Aubert, *Traité*, No. 251/256; Burckhardt, *Organisation*, 209.

3. Die Verfassung im materiellen Sinn

Die Unterscheidung zwischen Verfassung im formellen und Verfassung im materiellen Sinn rechtfertigt sich dann, wenn man davon ausgeht, dass die formelle Verfassung nie in der Lage sein wird, das gesamte materielle Verfassungsrecht wiederzugeben, dass also keine Identität zwischen formeller und materieller Verfassung besteht (12). Die beiden Begriffe stehen jedoch auch nicht in einem Gegensatz zueinander, sondern bedingen sich gegenseitig (13). Die Verfassung ist ihrem Wesen nach eine lückenhafte Ordnung (14), einerseits weil unter Umständen gewisse Fragen bewusst offen gelassen oder allenfalls in einen "dilatatorischen Formelkompromiss" (Carl Schmitt) gebannt werden, andererseits weil eine gewisse Offenheit der Verfassung notwendig ist, um neu auftauchende Probleme sinnvoll in den Verfassungsrahmen einzuordnen. Je spezifizierter der in der Verfassungsurkunde niedergelegte Text, desto schneller und häufiger muss er dem Bedürfnis nach Revision erliegen (15). Der formelle Verfassungsbegriff schliesst dagegen, - eben weil er sich nicht an inhaltlichen Kriterien orientiert, - auch unwesentliche Normen ein, was sich in der Schweiz zu einem Teil auf das Fehlen der Gesetzesinitiative auf Bundesebene zurückführen lässt (16). Geht man davon aus, dass die

(12) Aubert, aaO, No. 274; Heller, Staatslehre, 275/6.

(13) Christen, Wirtschaftsverfassung, 129; dazu auch Lerche, Stiller Verfassungswandel, 293 f.

(14) Hesse, aaO, 12, 127; Huber, Probleme, 98, 103; Saladin, Unerfüllte BV?, 310.

(15) Hesse, aaO, 12.

(16) Die Einführung der Gesetzesinitiative würde eine Instanz erfordern, welche die entsprechenden Materien entweder in die Gesetzesform verweist oder für verfassungswürdig erklärt (vgl. die Lösung in VE 66 II). Anderfalls wäre wenig Gewähr geboten, dass nicht wiederum beliebige Inhalte in die Verfassung hineingedrängt würden.

Verfassung die "rechtliche Grundordnung des Staates" (W. Kägi) darstellt (17), was als isolierte Feststellung kaum je bestritten sein dürfte (18), so ist darauf Wert zu legen, dass die Verfassung die Grundstruktur des Staates, dessen Aufbau, die Rechte der Bürger etc. in grundlegender Weise festhält. Mit dieser Ueberlegung ist man schon bei der Notwendigkeit eines materiellen Verfassungsbegriffes (19) angelangt. Dessen Anerkennung bedingt nicht automatisch Klarheit über den Inhalt des materiellen Verfassungsbegriffes, weil dieser davon abhängt, was man unter Sinn und Aufgabe der Verfassung versteht.

Soll die Verfassung die Grundelemente staatlicher Ordnung verbindlich normieren, so vermag sie - wegen ihrer notwendigen Lückenhaftigkeit - kaum ohne Ergänzung durch ungeschriebenes Verfassungsrecht, also materielle richterliche Verfassungsgebung, auszukommen (20). Im Rahmen der schweizerischen Verfassungsordnung denkt man dabei insbesondere an die Unvollständigkeit des Grundrechtskataloges (21), welcher zur Annahme ungeschriebener Grundrechte immer dann genötigt hat, wenn diese "Voraussetzung für die Ausübung

(17) Dazu auch Hesse, aaO, 11 ff.

(18) Vgl. z.B. Müller, Grundrechte, 935/6, mit Berufung auf Heller, Staatslehre, 275.

(19) Christen, aaO, 128.

(20) Häberle, Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung, 25 ff; Hesse, Grundzüge, 15; Krüger, Subkonstitutionelle Verfassung, 631; Saladin, Unerfüllte BV?, 310.

(21) Dazu generell Huber, Probleme, 95 ff, hier insbesondere 103 f; derselbe, Konkretisierung, 201.
Als logische Folge der Verfassungsgebung, verstanden als dauernder Prozess, erscheint die weit über die Urkunde hinaus greifende materielle Verfassung bei Häberle, Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung, 40 f.

anderer Grundrechte bilden oder sonst als unentbehrliche Bestandteile der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes erscheinen" (22). Daneben kommen aber auch "implied powers", ungeschriebene Zuständigkeiten des Bundes, sowie der weitere Kreis der rechtlichen Konstitutionsprinzipien und allgemeinen Rechtsgrundsätze des Bundesstaates in Betracht (23).

Als Fazit ist mit Müller (24) festzuhalten, dass die materielle Verfassung die Grundordnung darstellt, "die sich innerhalb der gesamten Rechtsordnung (25) als fundamental bewerteter Teilinhalt hervorhebt".

- (22) vgl. BGE 96 I 107, 224;
Meinungsäusserungsfreiheit: 87 I 117; 91 I 485; 96 I 224, 592; 97 I 896; 98 Ia 413; 101 Ia 150, 255;
Versammlungsfreiheit: 96 I 224; 97 I 914; 99 Ia 693;
100 Ia 392 ff; 102 Ia 54;
Sprachenfreiheit: 91 I 485; 100 Ia 465;
Persönliche Freiheit: 89 I 98; 90 I 34; 95 I 240, 359;
97 I 49, 841; 98 Ia 423, 514; 99 Ia 266; 100 Ia 193, 458;
101 Ia 49, 346.

- (23) Huber, Probleme, 102/103; Saladin, Struktur und Stil, 220, 223 f; Häberle, aaO, 26; vgl. dazu auch Krüger, Subkonstitutionelle Verfassungen, 613 f, der auf den "Geist" oder die "Gestimmtheit" der Verfassungen hinweist; auch Schindler sen., Verfassungsrecht und soziale Struktur, 92 ff ("Ambiance"); Heller, Staatslehre, 249 ff, bes. 255 ff.

- (24) Grundrechte, 735 f; gestützt auf Heller, Staatslehre, 275.

- (25) Hervorhebung vom Verfasser.

B. VERHAELTNIS VON STAAT UND GESELLSCHAFT

1. Einleitung

Das Verhältnis von Staat und Gesellschaft ist im vorliegenden Abschnitt kurz zu erläutern. Das herkömmliche Modell der Trennung (26) steht der Vorstellung vom Ineinanderfallen von Staat und Gesellschaft gegenüber. Ob man der einen oder der anderen Konzeption den Vorzug gibt oder eine vermittelnde Lösung vertritt, schlägt sich unmittelbar in der Bedeutung nieder, welche der Verfassung als Grundordnung des Staates und somit auch den Staatszielbestimmungen für die Strukturierung der Gesellschaft zukommt.

2. Trennung oder Identität

Die strenge Trennung von Staat und Gesellschaft entspricht der liberalen Grundrechtstheorie (27) und wurzelt im überlieferten Rechtsstaatsbegriff (28), der die Gesellschaft in eine Sphäre rückt, die vom Staat unabhängig, autonom existiert und diesem einzig die Funktion zuerkennt, den Rahmen gesellschaftlicher Eigengesetzlichkeit zu garantieren. Daraus ergeben sich die bekannten Gegensätze zwischen Rechtsstaat und Demokratie einerseits, Rechtsstaat und Sozialstaat andererseits (29).

(26) Zur Dogmengeschichte vgl. Ehmke, Staat und Gesellschaft, 24-44; Böckenförde, Unterscheidung, 186 ff; Krüger, Staatslehre, 341 ff; Krüger, nationale Integration, 262 ff.

(27) Vgl. 1. Teil/I.C.2.b..

(28) Luhmann, Institution, 29; Huber, Bedeutung, 190 ff.

(29) Dazu Bäumlin, Rechtsstaatsgedanke, 81 ff, bes. 84 ff, der den Nachweis erbringt (87 ff), dass seit Cicero der Staat immer wieder als Gemeinwesen, d.h. als "Verantwortungszusammenhang" verstanden worden ist, was mit der Vorstellung des abstrakten, in sich ruhenden Staates nichts gemein hat. Für die Vertreter des Trennungsgedankens etwa Forsthoff, Umbildung, 117 ff, bes. 134 ff; derselbe, Begriff und Wesen, 165 ff, bes. 173 ff.

Es wäre jedoch stark vereinfacht, würde man das Problem auf die Alternative Trennung oder Identität von Staat und Gesellschaft reduzieren und daraus weitreichende Folgerungen hinsichtlich der Grundrechtstheorien ziehen wollen. Zu einfach erscheint es namentlich, wenn Ehmke, für den sich die Trennung von Staat und Gesellschaft als Ausdruck "positivistischer Anbetung der Staatsgewalt" (30) disqualifiziert hat, konstatiert, es handle sich bei Staat und Gesellschaft um ein und denselben Verband (31), und daraus folgert, die Unterscheidung sei fallenzulassen. Stattdessen rückt der Begriff des "government" in den Vordergrund, der sämtliche "Führungs-, Koordinations- und Lenkungs-institutionen" (32) des Staates einschliesst. Er umfasst auch etwa die Tätigkeit des Parlamentes, soweit dieses eine Leitfunktion wahrnimmt. Das "government" ist ein integrierender Bestandteil des "politischen Gemeinwesens", welches Staat und Gesellschaft in einer organisierten Wirkungs- und Entscheidungseinheit (Heller) zusammenfasst.

3. Wechselwirkungen zwischen Staat und Gesellschaft

Gibt man sich nicht mit einer der beiden alternativen Theorien zufrieden, so ist es notwendig zu betonen, dass zwischen Staat und Gesellschaft in dem Sinne eine *W e c h s e l w i r k u n g* besteht, als der "Staat in seiner Tätigkeit funktional auf die Gesellschaft bezogen ist" (33). Er nimmt die Rechtsschutzfunktion

(30) Ehmke, aaO, 45.

(31) Ehmke, aaO, 24, 44.

(32) Ehmke, aaO, 45, 48 f; zum folgenden allgemein 44 ff.

(33) Böckenförde, Unterscheidung, 193; Hesse, Rechtsstaat im Verfassungssystem, 567; im Sinne eines Ineinandergreifens auch SchlB, 55 f; Eichenberger, Leistungsstaat, 11; zum folgenden ähnlich auch Christen, Wirtschaftsverfassung, 130 ff, bes. 133; Krüger, Wirtschaftspolitische Entscheidungen, 295.

wahr, indem er Verfahren zur Konfliktregelung bereitstellt und eine gesetzliche Rahmenordnung festlegt und garantiert, innerhalb welcher sich gesellschaftliches Leben frei von staatlicher Lenkung entwickeln kann (33a). In die Verfassungs(grund)ordnung sind demnach Staat und Gesellschaft einbezogen (34).

Auf dem Hintergrund gegenseitiger Interdependenz kommt Luhmann zum Schluss, dass der Staat nur eines von verschiedenen Untersystemen innerhalb des gesellschaftlichen Ganzen darstelle (35). Er beschränkt sich jedoch nicht darauf, die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft in die soziologische Terminologie zu übertragen (36). Vielmehr liegt seinen Ausführungen die richtige Erkenntnis zu Grunde, dass zwar das Schlagwort von der Trennung von Staat und Gesellschaft als Modellvorstellung unzureichend ist, "die Trennung im Sinne funktionaler Differenzierung (aber) eine verstärkte wechselseitige Abhängigkeit des Getrennten zur Folge hat, dass also Trennung und Abhängigkeit sich nicht gegeneinander aufheben, sondern miteinander wachsen" (37). Das Verhältnis von Staat und Gesellschaft ist durch die grundsätzliche Stellungnahme für die Unterscheidung nur insoweit präjudiziert, als eine Identität ausgeschlossen erscheint. Vor allem lässt sich nicht zum vornherein eine Entscheidung für ein bestimmtes Grundrechtsverständnis daraus ableiten. Die gegenseitige

(33a) Böckenförde, Unterscheidung, 193.

(34) Häberle, Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung, 10; auch Grimm, Verfassungsfunktion, 500, der von zunehmender "Verzahnung" spricht; Heller, Staatslehre, 101 ff, bes. 105.

(35) Luhmann, Institution, 15 ff, bes. 26 ff.
Zustimmend Hesse, Bemerkungen, 439; ebenso Willke, Stand und Kritik, 125, bezogen auf die Gesamtheit der Grundrechte, die, systemtheoretisch gesehen, ein weiteres "Subsystem" darstellen.

(36) So aber Böckenförde, aaO, 194.

(37) Luhmann, aaO, 30.

Zuordnung bedarf der Konkretisierung auf der Ebene der Verfassung und durch die Gesetzgebung. Immer bleibt jedoch Spielraum für verschiedene Möglichkeiten der Ausgestaltung (38). Das leuchtet im System der direkten Demokratie unmittelbar ein, wo Verfassungsänderungen und in vermindertem Masse auch die Gesetzgebung der Mitwirkung des Volkes bedürfen, also direkt vom gesellschaftlichen Konsens getragen werden müssen. Die Lösung konkreter Probleme im Hinblick auf den Umfang staatlicher Planungs-, Lenkungs- und Stützungstätigkeit erfolgt erst im Zusammenspiel von Verfassung und Gesetz, wobei es der Verfassung zukommt, in groben Umrissen verbindliche Ziele festzulegen (39).

Die Einschränkung staatlicher Funktionen, die sich aus der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft ergibt, mag zwar eine Vorbedingung für individuelle Freiheit darstellen, allein genügt sie jedoch nicht. Dies bedeutet mit anderen Worten, dass regelnde und gestaltende Aktivität des Staates Voraussetzung für eine funktionierende Gesellschaftsordnung bilden, während sich der Staat umkehrt im Zusammenspiel demokratischer Kräfte immer wieder neu konstituiert (40). Eine selbständige Gestaltung der Gesellschaft durch den Staat ist undenkbar (41). Umgekehrt ist die Wechselwirkung oder gegenseitige Verschränkung (42) von Staat und Gesellschaft scharf gegenüber der Identifikation (43) der beiden Begriffe abzugrenzen.

(38) Hesse, Bemerkungen (DöV), 440.

(39) Hesse, aaO, 442; vgl. dazu Linder, Planung und Verfassung, 369 ff, bes. 376 ff: Die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Entfaltung des Einzelnen setzt prospektive Planung voraus, ruft also nach programmatischen Regelungsformen in der Verfassung (vgl. aaO, 391).

(40) Hesse, Grundzüge, 8f.

(41) Bull, Staatsaufgaben, 89; anders Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft, München 1971, 3.

(42) Begriff bei Bull, 68.

(43) Vgl. dazu etwa Bäumlín, Rechtsstaatsgedanke, 89f.

Die Vorstellung, dass Staat und Gesellschaft identisch seien, leugnet jegliches Eigengewicht staatlicher Struktur und Organisation. Ausserdem entfällt damit die Trennung von privater und öffentlicher Existenz, die eine Bedingung individueller Freiheit darstellt (44). Beliebige Eingriffe des "Staates" scheitern nicht an der Barriere unbedingten privaten Frei-
raums, da das Private im Oeffentlichen aufgeht. Folglich ist eine klare Differenzierung zwischen staatlichen, öffentlich relevanten und privaten Aufgaben ebensowenig gewährleistet (45), es öffnet sich ein Weg zum totalen Staat.

(44) Böckenförde, 199; Hesse, Bemerkungen, 439.

(45) Böckenförde, 200 ff.

C. SINN UND FUNKTION DER VERFASSUNG

Die Frage nach Sinn und Funktion der Verfassung kann man von zwei entgegengesetzten Modellvorstellungen aus betrachten, die ihrerseits nie rein verwirklicht sind, jedoch den Bereich möglicher Antworten aufzeigen. Es soll versucht werden, die beiden Positionen konzis darzustellen, um anschliessend zu einer differenzierten Betrachtung des Themas vorzudringen.

1. Gegenüberstellung von instrumentalem und materielem Verfassungsverständnis

a. Das instrumentale Verfassungsverständnis

Der Sinn der Verfassung liegt nach dieser Auffassung überwiegend in der Regelung von Kompetenzen, Zuständigkeiten und Schranken (46). Die so verstandene Verfassung bleibt inhaltlich offen und verzichtet weitgehend auf Zielsetzungen und Programme (47); sie ist darauf konzentriert, einerseits das Staatswesen im Sinne eines Organisationsstatuts dauerhaft zu konstituieren, andererseits die staatliche Macht in geordnete Bahnen zu lenken. Es werden "Spielregeln für die Politik" (48) aufgestellt. Die Verfassung hat zunächst einmal - unabhängig von ihrem materiellen

(46) Vgl. VEB, 15; Müller, Grundrechte, 716 ff; Müller G., Inhalt und Formen, 133; Hennis, Verfassungswirklichkeit, 265.

(47) Müller G., aaO, 133.

(48) Christen, Wirtschaftsverfassung, 136; noch weiter geht Forsthoff, Begriff und Wesen, 165 ff, als einer der einflussreichsten Vertreter einer formalistischen Verfassungskonzeption in der BRD, der, ausgehend vom bürgerlichen Rechtsstaat des 19. Jh. (aaO, 173) von einem

Gehalt.- zum Zweck, eine staatliche O r d n u n g zu fundieren, welche die Anarchie ausschliesst (49).

Sieht man davon ab, die Grundordnung mit materialen Inhalten zu füllen, so beschränkt sich die Verfassung darauf, den mechanischen Ablauf der Rechtsetzung zu garantieren, die Rechtsetzungsfunktion des Staates sicherzustellen und die Reichweite staatlicher Macht zu definieren. Damit verbunden ist ein beträchtlicher Verlust an Integrationskraft (50). Auch die vorwiegend instrumental-formalistisch verstandene Verfassung kommt nicht ohne ein Minimum an materiellem Gehalt aus. Bereits die verfahrenstechnischen Regelungen sind - wenigstens bis zu einem gewissen Grad - Ausdruck zugrunde liegender materialer Gehalte (51). Aus der Vorstellung karger Beschränkung ergibt sich jedoch die Neigung, die inhaltliche Charakterisierung der Verfassung überwiegend auf Begrenzung und Kontrolle der Staatsmacht zu konzentrieren (52). Dieser Denkansatz führt zur Interpretation der Grundrechte als blosse S c h r a n k e n staatlicher Macht. Die historische Entwicklung der Grund-

"hohen Grad der Formalisierung" spricht (aaO, 175), welcher die Verfassung kennzeichne. Die "Gewährleistungen der rechtsstaatlichen Verfassung" sieht er als blosse "Ausgrenzungen" (aaO, 177) und er kommt, gestützt auf Löwenstein (Verfassungsrecht und Verfassungsrealität, AöR 77, 387 ff) zum Schluss, dass es nur e i n e rechtsstaatliche Verfassung gebe (aaO, 192). Seine These findet prägnanten Ausdruck in der Formulierung, dass der Rechtsstaat nichts anderes sei als "ein System rechtstechnischer Kunstgriffe zur Gewährleistung gesetzlicher Freiheit". (Umbildung, 151).

(49) Kägi, Grundordnung, 41; Hesse, Grundzüge, 6; Häfelin, aaO, 89.

(50) Schmid, Offenheit und Dichte, 315.

(51) Häfelin, Verfassungsgebung, 83 f; gefolgt von Schmid, Offenheit und Dichte, 315.

(52) Christen, Wirtschaftsverfassung, 134.

rechtstradition zeigt allerdings, dass diese subjektiv-defensive Grundrechtsdeutung nur als eine von verschiedenen möglichen Grundrechtsinterpretationen zu werten ist (53). Das skizzierte Grundrechtsverständnis, welches die staatsgerichtete Bedeutung der Grundrechte betont, wurde vor allem durch den Niedergang des naturrechtlichen Denkens und die altliberale Doktrin gefördert, wonach die staatsfreie Wirtschaft Grundlage und Voraussetzung des Gemeinwohls (54/55) bildet.

b. Das materiale Verfassungsverständnis (56)

Das materiale Verfassungsmodell geht von der Erkenntnis aus, dass die Verfassungsfunktion gegenüber der instrumentalen Konzeption, welche sich primär auf die Regelung von Verfahren und Zuständigkeiten konzentriert, inhaltlich ergänzt und erweitert werden muss. Neben einer Ordnung, welche der Staatsgewalt Schranken auferlegt, bedarf die Verfassung der Sinngebung

(53) Müller, Persönlichkeitsschutz, 110 ff, ausgehend von der amerikanischen Rechtserklärung von 1796 und der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789; Saladin, Grundrechte, 292 ff, 294; derselbe, Funktion, 541 f; Wildhaber, Soziale Grundrechte, 375 f.

(54) Müller, Persönlichkeitsschutz, 119 ff, bes. 122 ff. Der Staat hat - besonders deutlich im Bereich der Wirtschaft - nur die Aufgabe, einen Freiraum für die Betätigung des Individuums zu schaffen. Demgegenüber sichern und schützen die Erklärungen von 1796 und 1789 die natürlichen, vorstaatlichen Rechte des in den Staat integrierten Menschen.

(55) Häberle, Leistungsstaat, 66 mit A.88.

(56) Vgl. dazu allgemein Müller, Grundrechte, 718 ff.

durch materielle Prinzipien (57) , um eine materiell - gerechte Rechtsordnung überhaupt erst zu ermöglichen (58). (Der Begriff der Gerechtigkeit lässt sich natürlich nur unter einem bestimmten Vorverständnis (Ehmke) erfassen (59)). In- dem sie Richtungen und Ziele staatlicher Integration (60) weist, sorgt sie zugleich für einen verbindlichen und für die Mitglieder der Gesellschaft akzeptablen Grundkonsens (61).

Diese Absicht lässt sich durch Grundrechte , Gesetzge- bungsaufträge , Staatszielbestimmungen etc. verwirklichen (62), welche ihre Bedeutung der Ausstrahlungswirkung auf die ganze Rechtsordnung verdanken (63). Vorbehalte gegen diese Verfas- sungskonzeption ergeben sich aus der Furcht, dass der Verfas- sung zu viele und detaillierte Aufgaben überbürdet würden, so dass beispielsweise die Erfüllung politischer Postulate mit dem Ruf nach Verfassungsverwirklichung verbunden und versucht würde, irgendwelche Inhalte als in der Verfassung vorgegeben

- (57) Kägi, Grundordnung, 47, ausgehend von der Anerkennung vor- und überstaatlicher Werte; Bäumlin, rechtsstaatliche Demokratie, 54 ff; ferner zu den rechtsstaatlichen Grund- werten ausführlich Eichenberger, Unabhängigkeit, 56 ff, mit vielen Literaturhinweisen; Wimmer, materiales Ver- fassungsverständnis, 22 ff. Eine materiale Verfassungs- theorie, "in welcher Formalität und Technizität ihr rela- tives Recht behalten", strebt Hollerbach an, Auflösung, 161 ff, 166.
- (58) Böckenförde, Entstehung und Wandel, 81.
- (59) Vgl. hinten , Abschnitt D.
- (60) Zur Integrationslehre vgl. die Zusammenfassung von Smend, EvStL, 1024-1027.
- (61) Benda, Rechtsstaat im sozialen Wandel, 497 ff, 511.
- (62) Müller G., Inhalt und Formen, 133 f; vgl. Saladin, Grund- rechte, 29 f, bezüglich der Grundrechte; Wimmer, materia- les Verfassungsverständnis, 21; Müller, Grundrechte, 720.
- (63) Die Bedeutung der Grundrechte für die gesamte Rechtsordnung wird besonders betont bei Müller, Grundrechte, 724.

zu betrachten (64). - Der Gehalt der materialen Verfassung ist nicht zum vornherein bestimmt: Die inhaltliche Struktur der materialen Verfassung, deren tatsächliche Ausgestaltung, kommt nicht ohne subjektive Wertung aus (65), wodurch die Bedeutung des Vorverständnisses akzentuiert wird.

2. Die Bedeutung der Grundrechtstheorien für das Verfassungsverständnis

a. Allgemeines

Es zeigt sich, dass ein Verfassungsverständnis, das die materialen Aspekte der Verfassung nicht vernachlässigen will, die verschiedenen Grundrechtskonzeptionen in die Untersuchung einbeziehen muss. Die Frage nach dem Verfassungsverständnis präjudiziert die Stellung der Grundrechte im Verfassungsgefüge, soweit sich die Eigenart, Zielrichtung und Reichweite der Grundrechte an den durch die Verfassungstheorie gegebenen Grundtenor halten. Oder besser noch: Es besteht ein gegenseitiges Abhängigkeitsverhältnis. Die Grundrechtstheorien stehen demzufolge in enger Verbindung mit bestimmten Staatsauffassungen und also implizit mit entsprechenden Verfassungstheorien (66). Folglich ist zwischen Verfassungsverständnis und Grundrechtstheorie eine Wechselwirkung zu konstatieren. Es ist unumgänglich, die Grundrechte mit einer bestimmten Verfassungstheorie in Verbindung zu bringen, weil sich Grundrechtsbestimmungen

(64) Kritisch zu dieser Tendenz auch Hennis, Verfassungswirklichkeit, 248 ff; Lerche, Verfassungsdirektiven, 349, Scheuner, DöV, 510, 2. Sp., vgl. dazu auch Wimmer, aaO, 21.

(65) Wimmer, aaO, 73 ff, 75.

(66) Böckenförde, Grundrechtstheorie, 222.

generell durch einen "fragmentarischen Charakter" (67) auszeichnen. Die einprägsamen Grundrechtsformeln bedürfen der Konkretisierung (68), der "Verfassungsentfaltung, Ausschöpfung, und Anreicherung, Rechtsfortbildung und Erfüllung ganzer Normprogramme, im Laufe der Zeit und im Wandel der Gesellschaft" (69), was wiederum eine Rückbesinnung auf das zugrundeliegende Verfassungsverständnis erfordert.

Aus diesen Ueberlegungen ist der Schluss zu ziehen, dass - den beschriebenen Zusammenhang vor Augen-, die verschiedenen relevanten Grundrechtstheorien kurz charakterisiert werden müssen.

b. Die liberale Grundrechtstheorie

Die liberale Grundrechtstheorie geht von der prinzipiellen Unbegrenztheit der individuellen Freiheit aus, während die Eingriffsbefugnis des Staates in die Rechte des Individuums prinzipiell begrenzt ist (70). Die klassischen Freiheitsrechte beruhen auf naturrechtlicher Grundlage einerseits (71), auf einem

(67) Böckenförde, aaO, 222; dazu Friedrich Müller, Positivität, 79f; Er führt deren Konkretisierbarkeit im Unterschied zu den Generalklauseln auf die grössere "Sachhaltigkeit ihrer Normbereiche" zurück.

(68) Dazu Huber, Konkretisierung, 191 ff; derselbe, Probleme, 108 ff; Formenreichtum 186 ff.

(69) Huber, Konkretisierung, 192; vgl. dazu Müller, Persönlichkeitsschutz, 99 ff.

(70) Böckenförde, Grundrechtstheorie, 226; Schmitt, Verfassungslehre, 126 ff, bes. 158, 164.

(71) Zur naturrechtlichen Grundlage Häberle, Wesensgehalt, 145 ff, 150 ff.

liberalen Fundament andererseits (72). Der Staat beschränkt sich auf punktuelle E i n g r i f f e in Freiheit und Eigentum (73). Die Freiheit als Kern der menschlichen Würde wird als vor-staatlich verstanden (74), vom Staat also vorgefunden und nicht etwa erst begründet. Es gilt deshalb, die Freiheit des Individuums gegenüber den Machtansprüchen des Staates (75) zu sichern. Im bürgerlich-liberalen Staatsverständnis beeinflussen die Grundrechte ausschliesslich das Verhältnis zwischen dem Staat und dem Individuum (76).

Die liberale oder bürgerlich-rechtsstaatliche Grundrechtstheorie hat Konsequenzen vor allem nach drei Richtungen hin:

1. Die in ihrem Sinn verstandene Freiheit ist in keiner Weise mit politischen oder gesellschaftlichen Zielen gekoppelt, sie ist F r e i h e i t a n s i c h (77).
2. Obwohl die Freiheitsrechte den Gesetzgeber grundsätzlich binden, sind Einschränkungen der individuellen Rechtsposition

(72) Fleiner/Giacometti, 240 ff; auch etwa Wespi, Drittwirkung, 41/42; zum Menschenbild des traditionellen Grundrechtsverständnisses: Saladin, Funktion, 532 ff; Huber, Bedeutung, 190 ff.

(73) Häberle, Leistungsstaat, 66.

(74) Fleiner/Giacometti, 242; Giacometti, Freiheitsrechtskatalog, 150; Schmitt, Verfassungslehre, 163.

(75) Forsthoff, Begriff und Wesen, 177: "alle klassischen Grundrechte sind Ausgrenzungen, die Aufrichtung von Bereichen, vor denen die Staatsgewalt halt macht". Deutlich kommt hier die Konzeption von der prinzipiell beschränkten Eingriffsbefugnis des Staates zum Ausdruck; - zur liberalen Staatskonzeption vgl. auch die Zusammenfassung bei Knapp, droits sociaux, 345 f.

(76) Aubert, Traité, No. 1742 ff.

(77) Böckenförde, aaO, 225 ff; Wespi, aaO, 49 f.

solange zulässig, als sie den Kerngehalt (die Substanz) der grundrechtlichen Freiheit nicht antasten (78). Dadurch ist auch die Verbindung zum demokratischen Gedanken hergestellt.

3. Die liberale Grundrechtstheorie oder allgemeiner die liberale Verfassungstheorie messen der Frage nach den sozialen Voraussetzungen der Realisierung der geschützten Rechte wenig Bedeutung bei (79).

Die Möglichkeiten oder eben auch das Unvermögen, die Freiheitsrechte zu nutzen, liegen im und beim Einzelnen, da die liberale Tradition vom autonomen, wirtschaftlich und gesellschaftlich unabhängigen Menschen ausgeht (80) und seine Einbindung in die moderne Industrie- und Konsumgesellschaft unterschätzt (81). Trotz der vorausgesetzten Trennung von Staat und Gesellschaft wird auch durch die liberale Verfassung ein bestimmtes Sozialmodell mitkonstituiert, das auf der Ausgrenzung eines gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Freiraumes beruht und dem Gemeinwohlautomatismus als Regelungsmodell vertraut (82). Das liberale Modell empfindet die ständig wachsende Zahl der

(78) Fleiner/Giacometti, 242/3; Böckenförde, aaO, 226; Schumann, Auftrag des Gesetzgebers, 48.

(79) Böckenförde, aaO, 227/8, spricht von "Blindheit" gegenüber den sozialen Voraussetzungen der Realisierung grundrechtlicher Freiheit".

(80) Knapp, *droits sociaux*, 345 f.

(81) Scheuner, DöV, 507, 1. Sp./510, 1. Sp./511, 2. Sp.; darauf weist insbesondere Grimm, Verfassungsfunktion, 492, hin.

(82) Vgl. dazu Müller, Grundrechte, 729 f; auch Gygi, Wirtschaftsverfassung, 66.

auf Ausgestaltung der Gesellschaft durch die Gesetzgebung gerichteten Ansprüche als Fremdkörper; parallel dazu verliert das in den Freiheitsproklamationen zum Ausdruck gekommene Ethos an unmittelbarer Wirkungskraft (83). Der Schutz des Individuums vor sozialen Mächten bzw. Dritten wird vorwiegend oder gänzlich der Privatrechtsordnung überlassen (84). Von daher erscheint es nur als konsequent, sowohl die mittelbare als auch die unmittelbare Drittwirkung, d.h. eine Erstreckung der normativen Bedeutung der Grundrechte in horizontaler Richtung, abzulehnen (85).

Diese Grundrechtskonzeption kann sich nur dann als genügend effektiv erweisen, wenn man davon überzeugt ist, dass für die Entfaltung des Individuums der von den Grundrechten ausgegrenzte Freiraum als solcher genügt.

c. Die institutionelle Grundrechtstheorie

aa. Charakterisierung

Die institutionelle Grundrechtstheorie (86) zeichnet sich dadurch aus, dass sie den Grundrechten keine blosse Abwehrrolle gegenüber Staatseingriffen zuordnet, sondern die Grundrechte als

(83) Schaumann, Auftrag des Gesetzgebers, 49.

(84) Dazu Wespi, Drittwirkung, als Vertreter des individuell-negatorischen Grundrechtsverständnisses, 56 ff, 75 ff.

(85) Saladin, Funktion, 540; zur Drittwirkung allgemein, Müller Persönlichkeitsschutz, bes. 160 ff; vgl. dazu hinten 1. Teil/I.C.2.c. cc..

(86) Grundlegend dazu Häberle, Wesensgehaltgarantie, 96 ff; vgl. dazu auch Rupp, Wandel, 172 ff.

"objektive Ordnungsprinzipien" (87) versteht, welche ganze "Komplexe von Rechtsnormen" prägen (88). Sie schaffen also keine rechtsleeren Räume (89). Die institutionelle Grundrechtstheorie ist aus der Einsicht in das Ungenügen einer ausschliesslich auf das Verhältnis Individuum - Staat ausgerichteten Grundrechtskonzeption und aus dem Bedürfnis nach materieller Sicherung der Freiheit erwachsen (90). Es liegt ihr die Erkenntnis zugrunde, dass die Bedrohung des heutigen Menschen im Geflecht sozialer Abhängigkeiten eine ganz andere ist als früher; dass sich aus der Dichte gegenseitiger Interdependenz und der Beschränktheit aller Arten von Ressourcen und Kapazitäten eine enge Verknüpfung der Grundrechte mit Organisations- und Verfahrensproblemen ergibt (91). Ziel bleibt jedoch die Achtung der menschlichen Würde im Rahmen der sozialen Wirklichkeit (92). Den Grundrechten eignet eine Ausstrahlungswirkung auf die gesamte Rechtsordnung; sie verfügen über eine starke Integrationswirkung, die sich aus der Konkretisierung der in ihnen enthaltenen Leitgedanken durch Gesetzgeber und Rechtsanwender ergibt (93). Kennzeichnend für dieses neue Grundrechtsverständnis ist also der Doppelcharakter der Grundrechte des Einzelnen

(87) Böckenförde, Grundrechtstheorie, 229; auch Müller F., Normstruktur, 63; dazu Hesse, Grundzüge, 124 ff.

(88) Saladin, Funktion, 554.

(89) Häberle, Wesensgehaltgarantie, 116.

(90) Grimm, Verfassungsfunktion, 492; auch Schaumann, Auftrag des Gesetzgebers, 48 ff, bes. 49, 53; Gygi, Wirtschaftsverfassung, 166 ff.

(91) Rupp, Wandel, 164 ff.

(92) Bäumlín, Demokratie, 62.

(93) Saladin, aaO, 545; derselbe, Grundrechte, 229; Müller, Persönlichkeitsschutz, 184 f; Häberle, Wesensgehaltsgarantie, 70 f.

gegenüber dem Staat einerseits, als "Grundelemente objektiver Ordnung" (94) andererseits.

Das institutionelle Grundrechtsdenken geht auf die Schmitt'schen Kategorien der institutionellen Garantien als verfassungsrechtliche Gewährleistungen öffentlich-rechtlicher Einrichtungen und der Institutsgarantien als verfassungsrechtliche Gewährleistungen privatrechtlicher Einrichtungen zurück (95). An die Stelle der überholten (96) Thesen Schmitts ist allerdings der für das konstitutive Grundrechtsverständnis grundlegende Begriff der Institution (97) getreten, definiert als "Element ausdifferenzierter sozialer Subsysteme" (98). Das Problem der grundrechtlichen Institutionsgarantien birgt die Chance, "die Grundrechtstheorie an neuere sozialwissenschaftliche Erkenntnisse anzuschliessen ... " (99), weil die Institution sich dem gesellschaftlichen Wandel anpasst. Die Institutsgarantie wird verstanden

(94) Hesse, Grundzüge, 118; Müller, Grundrechte, 745; Schaumann, Auftrag des Gesetzgebers, 52.

(95) Schmitt, Verfassungslehre, 157 ff, bes. 170 ff; derselbe, Verfassungsrechtliche Aufsätze, 140 ff; zu den institutionellen Garantien auch Quaritsch, EvStL, 1022 ff; Willke, Stand und Kritik, 116 ff, bes. 121 ff, der die relevanten Unterschiede prägnant hervorhebt.

(96) So auch Bosshart, Demonstrationen, 120 f.

(97) Willke, Stand und Kritik, 124 ff; Saladin, Funktion, 544 ff; derselbe, Grundrechte, 296; zu der Theorie Schmitts einerseits, der auf dem Begriff der Institution aufbauenden neuen Lehre, andererseits auch Grisel, droits sociaux, 111 ff.

(98) Willke, aaO, 124; vgl. dazu Saladin, Grundrechte, 299; zum Begriff Institution Dombois, EvStL, 1018 ff.

(99) Willke, aaO, 125.

als dazugehörige iuristische Konstruktion, welche eine bestimmte soziale Einrichtung "gewährleistet" (100). Vereinfacht spricht man zusammenfassend von Einrichtungsgarantien.

Die Grundrechte bilden, - institutionell verstanden - , die Grundlage bestimmter Normgebilde, deren Konkretisierung im Hinblick auf die in den Grundrechten ausgedrückten Ideen und Ziele erfolgt (101). Das bedeutet, dass Grundrechte nicht bloss einzelne Rechtsinstitute gewährleisten, sondern dass sich die gesamte Rechtsordnung auf die in ihnen enthaltenen Ordnungsprinzipien ausrichtet (102). Daraus ist zu folgern, dass eine solche Grundrechtskonzeption den Gegensatz zwischen instrumentalem und materialem Verfassungsverständnis überwindet (103). Als Garantien eines freien politischen Prozesses kommt den Grundrechten instrumentaler Charakter zu, während sie andererseits materiale Richtpunkte freier Persönlichkeitsentfaltung darstellen.

Das Wesen der Grundrechte manifestiert sich in ihrem Verständnis als objektive Grundsätze einerseits, als subjektive Rechte der Individuen andererseits (104). Die Antinomie zwischen Freiheitsrecht und Gemeinschaftsaufgabe löst sich im **D o p p e l c h a r a k t e r** der Grundrechte auf (105).

(100) Umgekehrt ist ein Rechtsinstitut analytisch - nicht faktisch - abhebbar vom zugeordneten sozialen Substrat. Willke, aaO, 126.

(101) Saladin, Grundrechte, 297.

(102) Müller, Grundrechte, 818; Saladin, Funktion, 544 f.

(103) Müller, aaO, 744, mit Hinweis auf Heller, Staatslehre, 272 ff; in diesem Sinne auch Saladin, Grundrechte, 295 f.

(104) Saladin, Grundrechte, 298.

(105) Bäumlin, Staat, Recht und Geschichte, 11; zum Doppelcharakter auch Hesse, Grundzüge, 118 ff.

Müller (106) unterscheidet neben der Ausgrenzungsfunktion zwei weitere *Schichten* innerhalb des Normativgehaltes der Grundrechte: Einmal einen programmatischen Teilgehalt, in dem "die Freiheitsrechte als generelle Zielsetzungen für Staats- und Rechtsordnung, als objektive Prinzipien einer gerechten, demokratischen und rechtstaatlichen Ordnung erscheinen In diesem Sinn, in ihrer institutionellen Bedeutung, sind die Grundrechte aufgegeben, sie bedeuten stets neu zu verwirklichende Direktiven jeglichen staatlichen Handelns" (107). Unter diesem Aspekt betrachtet sind Grundrechte kaum justiziabel, die Rechtsfortbildung in ihrem Gestaltungsraum ist nur geringfügig eingeschränkt (108). Der zweite Teilgehalt (109), der von der klassischen Ausgrenzungsfunktion abweicht, bezieht sich auf die Bedeutung der Grundrechte als Auslegungsgrundsätze sowie bei der Ausfüllung von Generalklauseln (110). Er ist an bestehende Rechtsinstitute oder Rechtsregeln gebunden und richtet sich primär an den Rechtswender.

(106) Müller, Grundrechte, 817 ff, 846 ff; derselbe, Spannungsfeld, 270 ff; Häberle, Leistungsstaat, passim, explizit 75 f, auch LS 1. 19, Seite 135, verfißt, im Sinne der Weiterentwicklung der in Wesensgehaltgarantie, 70 ff, 163 ff, gemachten Äußerungen, ebenfalls eine Dreischichtentheorie, unterscheidet jedoch neben dem individualrechtlichen und dem institutionellen Gehalt einen leistungsrechtlichen Aspekt, wodurch die Grundrechte zu *Teilhaberechten* werden.

(107) Müller, Grundrechte, 817.

(108) Müller, Spannungsfeld, 271.

(109) Müller, Grundrechte, 818; derselbe, Spannungsfeld, 271.

(110) Soweit auch Häfelin, Verfassungsgebung, 92; Aubert, *Traité*, No. 1744; in dieser Richtung schon Fleiner/Giacometti, 244, welche den Freiheitsrechten eine mehr als bloße Schrankenfunktion zuzuerkennen scheinen; "freiheitliche Grundlegung der gesamten Rechtsordnung".

bb. Die Rolle des Gesetzgebers

Die institutionelle Grundrechtskonzeption setzt eine Umsetzung der in den Grundrechten erhaltenen Ziele und Aufgaben durch den Gesetzgeber voraus (111). Darin zeigt sich eine Gemeinsamkeit zwischen Grundrechten in ihrem institutionellen Aspekt und den Sozialrechten (112) gegenüber den negativen Freiheitsrechten, d.h. der negativen Komponente der Grundrechte. Aus der Sicht der "vom Staat zu schützenden Freiheit" erscheinen auch die Sozialrechte nicht mehr als Fremdkörper und notwendige Antagonisten der liberal verstandenen Freiheit. Sie ordnen sich mit der Schaffung der für die Freiheit erforderlichen sozialen Voraussetzungen und ihrer Bezugnahme auf die Würde des Menschen in einen grösseren Zusammenhang ein" (113). Die Aufgabe der Gesetzgebung ist nicht auf die Rechtfertigung von Eingriffen in Freiheit und Eigentum beschränkt, sie wird im Gegenteil dazu eingesetzt, dem Individuum die Verwirklichung seiner Freiheit zu ermöglichen, die Freiheit effektiv

(111) Martens, Leistungsstaat, 30; dazu Schaumann, Auftrag des Gesetzgebers, 48 ff, bes. 52 ff; ebenso Wimmer, materiales Verfassungsverständnis, 20 f.

(112) Müller, Grundrechte, 826; Martens, aaO, 30. Institutionell verstandene Grundrechte und "Sozialrechte" sind nahezu austauschbar, da sie nicht als Leistungsrechte missverstanden werden dürfen. Eine solche Bedeutung erhalten sie erst in einer eindeutig sozialstaatlich orientierten Grundrechtstheorie. Vgl. auch Häberle, Leistungsstaat, 90 ff; Scheuner, DöV, 513, 1. Sp.

(113) Schaumann, Auftrag des Gesetzgebers, 49. Dieser Grundgedanke ist logisch haltbar; über die Zweckmässigkeit sozialer Grundrechte bzw. die Konsequenzen aus deren Einführung ist damit jedoch nichts ausgesagt.

zu machen (114). Freiheit existiert nicht losgelöst von sozialen Bezügen, vielmehr tritt die "Freiheit als Institut" der individuellen Freiheit als "etwas Gegebenes und Ausgestaltetes" gegenüber (115).

Das eröffnet natürlich die Möglichkeit, im institutionellen Gehalt der Grundrechte nicht nur Ziele und Richtlinien zu erblicken, sondern klar und eindeutig umschriebene Verpflichtungen (116), wie sie das sozial- und leistungsstaatliche Grundrechtsverständnis postuliert. Diese Tendenz verstärkt sich durch die Tatsache, dass gegen Verkürzungen der individuellen Freiheit, die sich aus der Fixierung des institutionellen Gerüsts ergeben, kein Rechtsmittel zur Verfügung steht, so lange diese Einschränkungen als dem Inhalt der institutionellen Freiheit immanent betrachtet werden (117).

(114) Martens, aaO, 28; Böckenförde, Grundrechtstheorie, 230; auch Willke, Stand und Kritik, 125.

(115) Häberle, Wesensgehaltgarantie, 99.

(116) Hesse, aaO. 124.

(117) Böckenförde, Grundrechtstheorie, 232; differenziert Lerche, Uebermass, 240, der einräumt, dass zwar die Freiheit als solche keine Einrichtung sei, wohl aber ihre staatliche Anerkennung und Gestaltung, ihr gesetzgeberisches Begreifen und Schützen, und gerade dies könne verfassungsgesetzlich seinerseits geschützt werden. - Dabei kann es aber nicht der Sinn der institutionellen Garantie sein, die durch den einfachen Gesetzgeber vorgenommenen Ausgestaltungen als solche unter Bestandesschutz zu stellen (vgl. dazu Quaritsch, institutionelle Garantie, EvStL, 1022). Warnend ebenfalls Klein, öffentliche und private Freiheit, 162, der die Gefährlichkeit des "weitgehenden Gestaltungsrechts des Gesetzgebers" darin sieht, "dass der in seiner Ausübung liegende Eingriff in den grundrechtlich gewährleisteten Freiheitsraum als solcher nicht mehr erkannt wird".

Das bedeutet nicht, dass sich daraus ein Instrument für die unzulässige Einengung des individuellen Freiheitsraumes ergeben muss, die blosser M ö g l i c h k e i t ist aber der Preis, den man für die Abkehr vom autonom-individualistischen Freiheitsbegriff bezahlt.

Die andere Seite der institutionellen Einbindung ist die Verdichtung gewisser Grundrechtspositionen zu einem unentziehbaren Kerngehalt (118). Als anschauliches Beispiel für die beiden gegenläufigen Tendenzen im Rahmen des schweizerischen Verfassungsrechts diene die Diskussion um Eigentums-garantie und einen neuen Eigentumsbegriff (119), akzentuiert noch durch die Kontroversen um die Eigentumskonzeption des Vorentwurfs für eine neue Bundesverfassung.

cc. Horizontalwirkung

Dadurch, dass Grundrechte als objektive Normenkomplexe verstanden werden, ergibt sich eine Ausdehnung ihres Einflussbereiches auf eine neue Wirkungsebene (120). Die Bindung zwischen Privaten unterliegt ebenfalls grundrechtlichen Massstäben.

(118) Böckenförde, aaO, 231.

(119) Etwa Lendi, Planungsrecht und Eigentum, ZSR 95 (1976), 123 ff, 138 ff; Saladin, Grundrechte, 109 ff; Bühler, Neukonzeption des Eigentumsbegriffs, Zbl 77/1976, 369 ff; Werder, Eigentum und Verfassungswandel, Diss. 1978, 444; Rey, Dynamisiertes Eigentum, ZSR 96 (1977) 65 ff; Weber, Eigentum als Rechtsinstitut, ZSR 97 (1978) 161 ff; Binswanger, Garantie einer echt liberalen Eigentumsordnung, in: Entwurf für eine neue Bundesverfassung, NZZ Schriften zur Zeit, 41, Zürich 1979, 165 ff.

(120) Dazu Saladin, Grundrechte, 307 ff; Häberle, Leistungsstaat, 68, spricht von der Notwendigkeit, die Gesellschaft grundrechtlich zu strukturieren; grundlegend dazu schon Huber, Bedeutung, 173 ff, bes. 196 ff.

Es ist zwischen direkter und indirekter Horizontalwirkung zu unterscheiden (121): Von der ersteren ist dann die Rede, wenn die Grundrechte unmittelbar auch in der Privatrechtsordnung gelten sollen. Dabei wird nicht beachtet, dass sich die Grundrechte, die primär von der Freiheitsbedrohung durch staatliche Macht ausgehen, nicht unbesehen auf das Verhältnis der Privaten untereinander übertragen lassen. In Frage stehen etwa Boykott, Kartellabsprachen oder Beschränkung der Vertragsfreiheit durch Unternehmenskonzentration (122). Die sozialen Strukturen sind hier nicht die selben: Die Beziehung zwischen Individuen oder privatrechtlich organisierten Gruppen sind durch die Privatautonomie geprägt. Eine direkte grundrechtliche Bindung ist also jedenfalls ausgeschlossen (123).

Vorzuziehen ist die differenziertere Konzeption der mittelbaren Drittwirkung, welche in ausfüllungsfähige und wertbedürftige privatrechtliche Generalklauseln grundrechtliche Gehalte einfließen lässt (124). Dabei fällt die Realisierung grundrechtlicher Postulate auf dem Wege der Auslegung in Betracht (125). Dadurch wird dem Grundsatz Rechnung getragen, dass "die in der Verfassung verankerten obersten Wertpositionen der Rechtsordnung auch unter Privaten nicht missachtet werden dürfen (126). Soweit sich der normative Gehalt der Grundrechte über

(121) Dazu allgemein Hesse, Grundzüge, 147 ff; Scheuner, DöV 508, 1. Sp.; zustimmend auch Morand, droits fondamentaux, 213.

(122) Dazu Rupp, Wandel, 167 ff.

(123) Vgl. Scheuner, DöV, 507.

(124) Zur Drittwirkung vgl. zusammenfassend Müller, G., Zbl. 79/1978, 233 ff; ausserdem Müller, Persönlichkeitsschutz, 160 ff. Zur Angleichung der Persönlichkeitsrechte an die Grundrechte auch Huber, Bedeutung, 206.

(125) Müller, Persönlichkeitsschutz, 179.

(126) Müller, aaO, 183.

privatrechtliche Generalklauseln zu verwirklichen vermag, fällt die Horizontalwirkung der Grundrechte mit dem Prinzip verfassungskonformer Auslegung zusammen (127).

Die indirekte Drittwirkung ermöglicht es, die Ausstrahlung der einzelnen Grundrechte den in Frage stehenden privatrechtlichen Verhältnissen sorgfältig anzupassen (128).

Die Anwendung grundrechtlicher Kriterien erfolgt nur insofern, als sie sachgerecht und sinnvoll erscheint (129), ist folglich von der Eigenart des Grundrechts und dem spezifischen Sachverhalt abhängig (130).

Saladin verknüpft zutreffend die objektiv-rechtliche Seite der Grundrechte mit der Horizontalwirkung, die er als "Essentiale der Grundrechtsausstrahlung" bezeichnet (131). Indem die in den Grundrechten enthaltenen Prinzipien über das Verhältnis Staat - Individuum hinaus fruchtbar gemacht werden, wird der Normbereich auf weitere Gebiete ausgedehnt (132): Grundrechte wirken nicht nur als Schranken gegenüber dem Gesetzgeber, sondern enthalten den Auftrag, die privatrechtlichen Beziehungen grundrechtskonform auszugestalten (133).

(127) Mastronardi, Menschenwürde, 118, 155 ff; 155, 159; gestützt auf Müller, aaO, 179.

(128) Mastronardi, Menschenwürde, 159.

(129) Hinderling, Rechtsnorm und Verstehen, 240.

(130) Huber, Bedeutung, 202 ff.

(131) Saladin, Grundrechte, 310; derselbe, Funktion, 547; ebenso Müller, Spannungsfeld, 269 f: "exemplarische Konsequenz des konstitutiven Grundrechtsverständnisses"; vgl. dazu auch BGE 101 IV 172, wo ausdrücklich die Horizontalwirkung betont wird. - Ähnlich Rupp, Wandel, 170 f.

(132) Mastronardi, Menschenwürde, 155; Scheuner, DöV, 506, spricht prägnant von "sozialer Breitenwirkung".

(133) Mastronardi, aaO, 159; Scheuner, DöV 507 f; Müller, Persönlichkeitsschutz, 177.

dd. Das Umschlagen in die sozial- und leistungsstaatliche
Grundrechtstheorie

Die leistungsstaatliche Grundrechtstheorie baut auf dem sozialen Faktum auf, dass es für den einzelnen immer schwieriger wird, in der herrschenden komplexen Sozial- und Wirtschaftsstruktur seine Rechte wahrzunehmen, namentlich wenn diese durch nicht-staatliche Mächte bedroht sind. Der Ansatzpunkt ist also derselbe wie bei der institutionellen Theorie, führt jedoch in ihrem Versuch, dem sozialen Wandel juristisch gerecht zu werden, insofern weiter, als vermehrt versucht wird, die faktischen Grundrechtsvoraussetzungen in die Grundrechtsgewährleistungen einzubeziehen (134).

Die "klassischen" Grundrechte werden über den "Umweg" des institutionellen Grundrechtsverständnisses in soziale Grundrechte bzw. Teilhabe - (135) und Leistungsrechte uminterpretiert, indem man sich die bloss graduellen Unterschiede zwischen den verschiedenen Teilgehalten der Grundrechte zu Nutze macht (136).

Die an sich zutreffende Erkenntnis, die dem institutionellen Grundrechtsverständnis zugrunde liegt, führt leicht dazu, den Bogen zu überspannen, etwa dann, wenn ein als subjektives Recht ausgestattetes Sozialrecht als "Vehikel" für leistungsstaatliche Erfüllung dienen soll (137). Dem Staat wird so die umfassende Verantwortung für Sozial- und Wirtschaftsgestaltung übertragen (138), was die Umschreibung der Grundrechte

(134) Martens, Leistungsstaat, 29, ablehnend.

(135) Zu diesem Begriff gleich anschliessend d.

(136) Vgl. etwa Häberle, aaO, 91; Martens, aaO, 29; Müller, Grundrechte, 864 sowie dort Abschnitt 6.32/818 ff.

(137) Häberle, aaO, 91.

(138) Schaumann, Auftrag des Gesetzgebers, 52.

als "Grundpflichten des Staates" nach sich zieht, die zum "Einfallstor einer unbegrenzten Inpflichtnahme des Einzelnen werden können" (139).

Typische Leistungsrechte in der Verfassung müssen jedoch, was für die Sozialrechte im engeren Sinn schon des öfteren festgestellt worden ist (140), *leges imperfectae* (141) bleiben, weil sie nebst der Konkretisierung und Aktualisierung durch den Gesetzgeber ihre Grenzen an den staatlichen Ressourcen finden (142), und überdies "dem Staat die Verfügungsmacht über das Anspruchsobjekt nicht oder nur in beschränktem Mass zukommt" (143).

Konsequenz: Die Unbedingtheit von Grundrechtsansprüchen wird zu Gunsten von Massgabegrundrechten aufgegeben.

d. Exkurs: Zum Begriff der Teilhabe

Dem Begriff der Teilhabe ist mit Vorbehalten zu begegnen. Er gehört zum Vokabular der leistungsstaatlichen bzw. demokratisch-funktionalen Grundrechtstheorie (144).

(139) Stern, Staatsrecht, 731.

(140) Müller, Grundrechte, 851 ff; vgl. dazu neuestens Bodo B. Gemper, NZZ Nr. 24/30.1.79/S. 29, Ein nicht einlösbares Versprechen als Verfassungsrecht?

(141) Martens, aaO, 30.

(142) Böckenförde, Grundrechtstheorie, 239.

(143) Müller, Grundrechte, 854 f, Anm. 527; also überall dort, wo finanzielle Surrogate versagen (z.B. kulturelle Rechte).

(144) Vgl. dazu 1. Teil, I.C.2.c. dd. und I.C.2.e..

Teilhabe lässt Freiheit, die primär "Selbstentscheidung, Selbstverwirklichung und Selbstverantwortung" (145) bedeutet, hinter der Partizipation an Gegebenem, Dargebotenem zurücktreten. Entsprechend bietet Teilhabe zwar die Möglichkeit, ein Gut oder eine Leistung des Staates zu beanspruchen oder darauf zu verzichten, unterscheidet sich jedoch scharf vom individuell-negatorischen Freiheitsbegriff, welcher einen möglichst grossen Bereich vom Staat unbehelliger Entscheidungsfreiheit bzw. individueller Handlungsmöglichkeit aussparen will. Teilhabe zielt auf Mitentscheidung ab, wodurch ein Defizit an personaler Entscheidungsmöglichkeit durch Partizipation an der Fremdbestimmung anderer im demokratischen Prozess kompensiert werden soll (146). Die enge Verknüpfung des Begriffes der Teilhabe mit dem Anspruchsdenken (147) lenkt vom wahren Sinn der

(145) Rupp, Wandel, 176 ff, 180; auch zum folgenden; skeptisch ebenfalls Stern, Staatsrecht, 730 ff.

(146) Dazu auch Eichenberger, Leistungsstaat, 18 ff, bes. 20.

(147) Das Anspruchsdenken wird auch von Häberle, Leistungsstaat, 86 ff, (89), kritisiert; weil er erkennt, dass es über kurz oder lang an die Grenzen der ökonomischen Kraft des Leistungsstaates führt, bzw. in "Utopien des totalen Leistungsstaates" mündet. Allerdings sind die Folgerungen, die er daraus zieht, wohl nur bedingt zutreffend. Vom (richtigen) Ausgangspunkt der zunehmenden Bedeutung des Verfahrensrechts gelangt Häberle zu einer Präponderanz *prozessualer* Entscheidungsanteile gegenüber dem *materiellen* Freiheits- oder Grundrecht. Das drückt sich in der Begriffsprägung des "status activus processualis" (86 ff) aus: Die Lösung sieht er in neuen demokratischen Mitwirkungsformen des informierten Bürgers. Solche leistungsstaatlichen *Vorverfahren* vermöchten seiner Meinung nach mehr Grundrechtswirklichkeit zu schaffen, als verwaltungsrechtliche *Nachverfahren*. Mit Recht wendet Rupp, Wandel, bes. 183 ff ein, bei dieser Konzeption würden die "Unmöglichkeit und Gefahren einer unmittelbaren, Staat und Gesellschaft, Einzelnen und Gemeinschaft harmonisierenden Demokratie" verkannt (185). Menschliche Freiheit besteht eben nicht nur und auch nicht überwiegend aus "prozessualer Mitentscheidung (185)".

institutionellen Sicherung der Freiheit ab. Sie soll nämlich die Voraussetzungen schaffen, um in selbstverantwortlicher Entscheidung zwischen verschiedenen Lösungen optieren zu können. Aus diesem Blickwinkel gewinnt das Problem der "innenorganisatorischen Struktur" (148) von Sozialgebilden, das hier nicht weiter verfolgt werden kann, ein besonderes Gewicht; die Frage also, wieweit Grundrechtsverbürgungen als verbindliche Leitmaximen nichtstaatliches Organisationsrecht durchdringen (sollen).

e. Relativierung der Rechtsposition des Individuums durch die demokratisch-funktionale Grundrechtstheorie (149)

In der demokratisch-funktionalen wie auch in der sozialstaatlichen (150) Grundrechtstheorie muss das Individuum gegenüber der institutionellen Grundrechtsauffassung, auf welcher sie aufbaut, eine weitere Relativierung seiner Rechtsstellung in Kauf nehmen. Die Stellung des Einzelnen im Grundrechtsgefüge wird in der Richtung einer vermehrten Sozialbindung verändert. Dies ist darauf zurückzuführen, dass Verfassung und Verfassungsgebung mehr und mehr unter dem Gesichtspunkt des Prozesshaften betrachtet werden und einer starken Dynamisierung (151) erliegen: In den Vordergrund rückt der demokratietheoretische Aspekt des "funktionellrechtlichen Pluralismus vieler" (152) als Verfassungsgeber.

(148) Das hebt insb. Rupp, aaO, 187 ff, bes. 193 hervor.

(149) Vgl. die Kritik von Klein, öffentliche und private Freiheit, 161 ff.

(150) c.dd. hiervor.

(151) Häberle, Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung, 13.

(152) Häberle, aaO, 18. Vgl. das Büchner-Zitat, aaO. 19: "Die Staatsform muss ein durchsichtiges Gewand sein, das sich dicht an den Leib des Volkes schmiegt. Jedes Schwellen der Adern, jedes Spannen der Muskeln, jedes Zucken der Sehnen muss sich darin abdrucken" (aus Georg Büchner, Dantons Tod, 1. Akt, 1. Szene).

In Deutschland wurde das Sozialstaatsprinzip und die damit (aber nicht notwendigerweise!) verbundene Sozialisierungstheorie zum Angelpunkt dieser Entwicklung. Eine saubere Abgrenzung der beiden Theorien ist nicht einmal in idealtypischer Weise möglich, da zwischen Demokratisierungstendenz und Sozialstaatlichkeit zumeist eine enge Beziehung hergestellt wird (153).

Kern dieses Grundrechtsmodells ist die Forderung nach dynamischer, d.h. fortschreitender Demokratisierung der Gesellschaft. Die grundrechtliche Freiheit ist in dem Sinne funktionalisiert, als sie im Dienste des gesellschaftlichen Demokratisierungsprozesses steht (154). Der Berechtigte ist nicht mehr grundsätzlich frei, seine grundrechtlich garantierte Freiheit zu verwirklichen (155); individuelle Freiheit verengt sich auf demokratische Teilhabe (156): Sie kommt dem Einzelnen nurmehr als Glied der Gesellschaft zu. Inhalt und Tragweite werden folglich überwiegend von öffentlichen Interessen bestimmt, die vor den privaten Interessen den Vorrang haben (157). Man kann deshalb nicht mehr

- (153) Abendroth, Begriff, 128; dies erkennt auch Weinhold, Rechtsprechung, 92, Anm. 290; ähnlich wie Abendroth Ridder, verfassungsrechtliche Stellung, 10 ff.
- (154) Böckenförde, Grundrechtstheorie, 235; der beschriebenen Tendenz folgen etwa Ridder, Meinungsfreiheit, 247 ff (247, 250, 261 ff); derselbe, verfassungsrechtliche Stellung, 17 ff; Abendroth, Begriff, 126 ff.
- (155) Müller F., Positivität, 98, vgl. hiezu Klein, aaO, 166, der darin den Verlust rechtsstaatlicher Freiheit erblickt.
- (156) Abendroth, aaO, 132.
- (157) Vgl. den Ansatz zu dieser Entwicklung in BVerGE 7, 198 (212). Klein, aaO, spricht in diesem Zusammenhang von Privilegierung des Politischen und Disqualifizierung des Privaten (163). Dort finden sich auch Belege für einschlägige Ueberlegungen aus der Jurisprudenz des Bundesverfassungsgerichts (bes. hinsichtlich der Pressefreiheit (GG Art. 5) und der Meinungsäußerungsfreiheit (GG Art. 8). - Gleiches gilt für das sozialistische Grundrechtsverständnis, das dem

von einem Doppelcharakter der Grundrechte im Sinne einer Gleichrangigkeit sprechen; die individualrechtliche Zielsetzung der Grundrechte wird immer dann, wenn sich öffentliche und private Interessen gegenüberstehen, in der in solchen Fällen notwendigen W e r t a b w ä g u n g zwischen "wertvollem" und weniger wertvollem Freiheitsgebrauch als zweitrangig erachtet werden (158). Demokratisierung im beschriebenen Sinn bezieht sich folglich sowohl auf die politische Rechtsstellung des Individuums als auch auf dessen gesamte Lebensverhältnisse: Die I d e n t i t ä t von Staat und Gesellschaft (159) erheischt das demokratische Prinzip als Verfassung der gesamten Gesellschaft (160). Dadurch wird letztlich auch die Freiwilligkeit des Freiheitsgebrauches tangiert: Freiheit und Pflicht gehen in extremis eine unteilbare Verbindung ein (161).

f. Werttheorie und Systemdenken

aa. Allgemeines

Im Rahmen der Erläuterung der materialen Verfassungstheorie wurde hervorgehoben, dass sich die Verfassung nicht auf eine bloße

Individuum nur die Stellung als Objekt objektiv-rechtlicher Begünstigung zuerkennt. Die Gestaltung der Freiheit erfolgt nach Massgabe der Bedürfnisse zur Verwirklichung der sozialistischen Gesellschaft. Dazu Rupp, Wandel, 166 f.

(158) Klein, aaO. 168.

(159) Vgl. unten 1. Teil / I.B.2.

(160) Abendroth, aaO, 138 ff, vgl. auch die Zusammenstellung der ThesenAbendroths bei Hartwich, Sozialstaatspostulat, 348 ff,; zustimmend Hartwich, aaO, 351.

(161) Auch Weinhold, Rechtsprechung, 44, Anm. 233, weist bezüglich des Sozialstaatsprinzips darauf hin, dass eine "verstärkt gemeinwohlbezogene Interpretation" ... "die Rücksichtnahme des Einzelnen gegenüber dem Gemeinwesen zur echten Pflichtigkeit " wachsen lässt. (vgl. dazu auch c.dd. hiervor).

Verfahrensordnung reduzieren lässt. Die Erweiterung durch materielle Gehalte bedeutet implizit, dass die Verfassung Wertentscheidungen enthält. Demnach ist im folgenden einerseits die Frage zu erörtern, welche Bedeutung diesen Wertentscheidungen zukommt, andererseits ist zu untersuchen, ob sie notwendig derart eng aufeinander bezogen sein müssen, dass man von einem Wert s y s t e m sprechen kann.

Zwischen institutioneller Grundrechtstheorie und der Werttheorie in ihren verschiedenen Erscheinungsformen besteht insoweit Gemeinsamkeit, als die Grundrechte hier wie dort nicht im blossen Anspruchsdenken gründen, sondern einen objektiven Gehalt aufweisen. Unter dem Blickwinkel der Werttheorie, die auf die Integrationslehre Smends (162) zurückgeht, sind die Grundrechte Ausdruck einer grundlegenden Wertentscheidung und Bestandteil eines Wertsystems (163). Dieses gibt den Rahmen ab, innerhalb dessen sich die Grundrechte entfalten können. Der Sinn der Grundrechte besteht darin, ein Wert- oder Kultursystem zu normieren (164). Die Erarbeitung des grundrechtlichen Bedeutungsinhalts ist nicht mehr eine Frage der

(162) Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 233 ff, bes. 260 ff; derselbe, EvStL, 1024 ff.

(163) Maunz, Dürig-Herzog, Grundgesetz, Rdn 5 ff zu Art. 1 Abs. 1, Rdn 99 zu Art. 1 Abs. 3; Maunz, Deutsches Staatsrecht, 47 f, 110 ff, 120 f; ebenso ständige Praxis des BVerfG: 7, 198 ff (205); 10, 59 ff (81); 21, 362 ff (372); 25, 256 ff (263); 30, 173 (188); 33, 303 ff (330); 34, 269 ff (281); 35, 79 ff (114); 37, 57 ff (65); 39, 1 ff (47, 71); ablehnend Hesse, Grundzüge, 127 ff (Zusammenfassung des Problems), der besonders das unklare Verhältnis zwischen "Wertsystem" und "allgemeiner Wertordnung der Verfassung" hervorhebt; dazu speziell auch Goerlich, Wertordnung, 137; Scheuner, DöV, 508 f; derselbe, Staatszielbestimmungen, 332; Böckenförde, Grundrechtstheorie, 232 ff.

(164) Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 264, mit Anm. 13, wo er diese These relativiert, indem er betont, dieses System dürfe nicht etwa als System im Sinne einer privatrechtlichen Kodifikation verstanden werden. Diese Einschränkung würde auch mit den Thesen Hollerbachs, Auflösung 168 ff, bes. 171 f, übereinstimmen, der Smend gegen die Angriffe Forsthoffs in Schutz nimmt.

juristischen Methodik, sondern der rein geisteswissenschaftlichen Interpretation (165). An diesem Punkt setzt die Kritik etwa von Forsthoff (166) ein, der innerhalb der Grundrechte keinen systematischen Zusammenhang zu erblicken vermag, und erst recht den Begriff des Wertes ablehnt (167).

Scharf wendet er sich dagegen, innerhalb des Sinnsystems des staatlichen Integrationszusammenhangs den Verfassungsnormen unterschiedlichen Wert zuzuerkennen. Durch interpretative Rangabstufungen innerhalb der Verfassung - ausgenommen die normimmanenten Auslegungsregeln - werde die Verfassung von innen her zerstört (168). Forsthoff geht von einem individuell-negatorischen Grundrechtsverständnis aus, das sich durch die Betonung der Technizität, d.h. eine Formalisierung (161) der Verfassung auszeichnet und darauf aufbaut, dass die rechtsstaatlichen Strukturelemente ihre Wirkungsweise in sich selbst enthalten (170).

Dieser theoretische Ansatzpunkt ist zwar hinreichende, nicht aber notwendige Bedingung, um von der Konstruktion der Grundrechte als Wertsystem abrücken zu können:

Die Grundrechtsverbürgungen sind nie derart eng und vollständig aufeinander bezogen, dass sie zu Recht als ein System

(165) Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 266.

(166) Umbildung, 117 ff, bes. 120 ff und die Entgegnung von Hollerbach, Auflösung, 153 ff.

(167) Forsthoff, aaO, 125.

(168) Derselbe, aaO, 121.

(169) Forsthoff, Umbildung, 151; Begriff und Wesen, 175.

(170) Derselbe, Begriff und Wesen, 175.

interpretiert werden könnten (171). Sie sind folglich nicht als eine Art "Superkodifikation" zu interpretieren (172). Dies gilt sowohl für das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland als auch ganz besonders für die schweizerische Bundesverfassung, die - abgesehen von der rudimentären Aufteilung in drei Abschnitte - der systematischen Strukturierung nach Form und Inhalt entbehrt (173): Der Kanon der Grundrechtsbestimmungen ist lückenhaft (174) und spiegelt in dieser Hinsicht

- (171) Derselbe, Umbildung, 124, mit Anm. 17; aber auch etwa der Systemtheoretiker Luhmann, Institution, 35 f; der davon ausgeht, dass die soziale Differenzierung dadurch sichergestellt werde, dass in den einzelnen Teil- oder Untersystemen der Gesellschaft Freiheiten institutionalisiert würden, die in der Gesamtordnung innere Elastizität bewirkten. Die Institutionalisierung schaffe einen "Bereich der Indifferenz", dessen Ausgestaltung fremden Interessen folgen könne, ohne dem institutionalisierenden System zu schaden". Die Annahme gewisser systematischer Verbindungen ist deshalb nicht ausgeschlossen, vgl. etwa bezüglich des GG: Hesse, Grundzüge, 128 ff. Zu wenig deutlich Häberle, Wesensgehalt, 6/7, vgl. auch Hinweis VI (2. Aufl.), wo zwar - wie auch später durchwegs - von einem Wertsystem die Rede ist, aber eingeschränkt wird, "Werte" seien nicht im Sinne eines abstrakten Werthimmels zu verstehen. Mit der hier vertretenen Auffassung übereinstimmend Willke, Stand und Kritik, 116, der Häberle mit Recht vorwirft, sein Ansatz zur Präzisierung sei ungenügend, vor allem weil der Begriff des Wertes nirgends definiert werde und man Kriterien für "Konstituierung und Rang eines Wertes" vermisste.
- (172) Hinderling, aaO, 222; Müller, Grundrechte, 751 f; Rupp, Wandel, 171, 174; "weder ein Superkodex allen Rechts" noch ein "Wunderbrunnen, aus welchem im Wege interpretatorischer Kunstgriffe das gesamte Recht hinein- und wieder herauspraktiziert werden kann"
- (173) Saladin, Unerfüllte BV?, 310; derselbe, Struktur und Stil, 221; Bäumlin, Staat, Recht und Geschichte, 11 f, 26 ff; derselbe, Lebendige oder gebändigte Demokratie, 81; derselbe, Rechtsstaatsgedanke, 101; Huber, Konkretisierung, 200 f; Müller, Grundrechte, 719; Venanzoni, Konkurrenz von Grundrechten, 278.
- (174) Saladin, Unerfüllte BV?, 310; Huber, Probleme, 98, 103 f; Morand, droits fondamentaux, 211; Venanzoni, aaO, 278; für das GG etwa Hesse, Grundzüge, 12, 127.

die Verfassung als Ganzes wieder, die ebenfalls eine punktuelle Ordnung darstellt (175).

Setzt man sich mit grundrechtlicher Freiheit als Freiheit innerhalb eines gegebenen Wertsystems auseinander, wird sich die Kritik dieser Konzeption an der Frageentzündend, wo die Schranken wert hafter Freiheit zu ziehen seien. Ohne jeden Zweifel läuft die Einbindung der Grundrechte in ein Wertsystem auf die Relativierung grundrechtlicher Freiheit hinaus (176). Denn: Diese Konzeption verlangt danach, zwischen einem Gebrauch der Freiheit, welcher den systemimmanenten Vorstellungen entspricht, und einem Handeln, das sich ausserhalb des Systems bewegt, zu unterscheiden. Die Freiheit lässt sich so in Bezug auf die im System enthaltenen Werte instrumentalisieren, was um so schwerer wiegt, als die für das Wertsystem relevanten Kriterien weder eindeutig bestimmt noch bestimmbar sind und immer neuen Einflüssen unterliegen (177). Letztlich leistet man damit dem richterlichen Dezisionismus (178) Vorschub, weil anstelle expliziter Gründe "Interpretationen der Wertordnung" treten (179). Es gibt keine zuverlässigen Kriterien, um innerhalb eines Wertsystems eine Rangfolge von Werten und deren

(175) Häfelin, Verfassungsgebung, 115 f; Bäumlin, Totalrevision, 378 ff; neuestens auch Müller G., Inhalt und Formen, 132, A 65.

(176) Böckenförde, Grundrechtstheorie, 234; derselbe, Entstehung und Wandel, 82.

(177) Vgl. die Kritik bei Goerlich, aaO, 131 ff, insb. 132/3;

(178) Böckenförde, Grundrechtstheorie, 235.

(179) Goerlich, Wertordnung, 133; richtig ebendort: "Die Wertordnung als Surrogat richterlicher Begründungspflicht vermag dann jedes Ergebnis zu rechtfertigen".

gegenseitiges Verhältnis gültig festzulegen (180) und infolgedessen auch keine vertretbare Lösung der Abgrenzungsprobleme, die das Nebeneinander verschiedener Grundrechte aufwirft (181/182).

bb. Exkurs: Das Wertsystem Giacomettis

Eine dem Wertsystem verhaftete Grundrechtstheorie wurde von einem liberalen Ausgangspunkt her von Giacometti (183) verfochten. Die Freiheitsrechte sind für ihn der juristische Ausdruck eines "freiheitlichen politischen Wertsystems" (184). Die Frage, ob der Freiheitsrechtskatalog nur die ausdrücklich aufgezählten Einzelfreiheiten oder potentiell jede denkbare Freiheit enthalte, sei "mit Mitteln iuristischer Hermeneutik, das ist auf dem Wege der Auslegung oder der Ausfüllung echter Lücken" (185) zu lösen. Das freiheitliche politische Wertsystem schütze die menschliche Würde des Individuums und deshalb

(180) Hinderling, aaO, 214 f.

(181) Böckenförde, aaO, 235.

(182) Vgl. dazu den Lösungsversuch Giacomettis; im folgenden bb.

(183) Giacometti, Freiheitsrechtskataloge, 149 ff; Fleiner/Giacometti, aaO, 241 f; Giacometti, Allgemeine Lehren, 4; zustimmend: Hangartner, Freiheitsgarantie, 337 ff, propagiert einen Freiheitskatalog kombiniert mit einer Generalklausel als Auffanggarantie; Usteri Martin, Theorie der Verwaltung in Formen des Privatrechts, Estratto dall'Annario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi, -Vol. XXXVIII Fasc. 3, Roma 1964, 167 ff; Lühinger, Auslegung, 85, macht die Theorie Giacomettis zur Grundlage seiner Auslegungslehre. Ablehnend: Rhinow, Grundrechtskatalog, 225 ff; Müller, Persönlichkeitsschutz, 134 ff.

(184) Giacometti, Freiheitsrechtskataloge, 150 f.

(185) Giacometti, aaO, 160.

müsse auch "jede Gefährdung der menschlichen Würde und des Eigenwertes des Einzelnen durch den Staat eine Schranke am Freiheitskatalog finden" (186).

Wie sich bereits im Abschnitt aa. gezeigt hat, manifestiert sich das Ungenügen jeglichen Wertsystems bei der Frage der Schranken gegenüber den Grundrechten: Obwohl Giacometti ein Grundrechtsverständnis ablehnt, das die Substanz der Freiheitsrechte im Grundsatz der Gesetzmässigkeit zerrinnen lässt (187), vermag er mit seiner Theorie dieser Gefahr nicht zu entgehen (188). Die Formulierungen Giacomettis kaschieren, dass es sich bei den von ihm beschriebenen Schranken bloss um eine Verkleidung des allgemeinen Gesetzesvorbehaltes handelt. Seine "Kodifikation der Freiheit" degeneriert zur allgemeinen Handlungsfreiheit (189), weil dem Grundrechtsschutz nicht mehr ganz bestimmte Bereiche zugeordnet sind und sich folglich die Schranken der Grundrechte auch nicht auf konkrete Situationen beziehen, sondern *a l l g e m e i n* bleiben müssen. Anders ausgedrückt: Das Systemdenken zieht eine Aushöhlung der Grundrechte (190) nach sich, umso mehr, als allen individuellen Freiheiten die gleiche Bedeutung zukommt (191).

(186) Giacometti, aaO, 163.

(187) Giacometti, aaO, 151; Fleiner/Giacometti, aaO, 243.

(188) Müller, Persönlichkeitsschutz, 137f; vgl. dazu Giacometti, Freiheitsrechtskataloge, 152: "Die Ausübung der Freiheitsrechte ist ... unter dem Vorbehalt der gesetzlichen Beschränkungen, die den Anforderungen der öffentlichen Ordnung im weiteren Sinne ... entsprechen, verfassungsrechtlich geschützt. (...) Ausserdem können noch *a u s w e i t e r e n G r ü n d e n d e s a l l g e m e i n e n W o h l s* (Hervorhebung vom Zweitverfasser) verfassungsrechtliche Schranken der Freiheitsausübung in Frage kommen ...".

(189) Vgl. dazu implizit Fleiner/Giacometti, aaO, 282.

(190) Rhinow, aaO, 233.

(191) Müller, aaO, 139.

Zwangsläufig ergibt sich dies daraus, dass die im Katalog enumerierten Freiheiten gleichsam nur beispielhaft dastehen.

cc. Werte in der Verfassung, losgelöst vom Systemdenken

Die Ablehnung wertgeprägter Systemvorstellungen (192) bedeutet nicht, dass die Verfassung als solche jeglichen Wertgehaltes entbehrt. Im Rahmen einer materialen Verfassungskonzeption (193) wird implizit vorausgesetzt, dass die Verfassung grundlegende Wertentscheidungen enthält (194), die jedoch der geschichtlichen Veränderung unterliegen und schon deshalb nicht einen festen Platz in einer Werthierarchie einnehmen können (195).

Die in der Verfassung ausgedrückten materiellen Gehalte, ihre Grundwerte, finden sich etwa (196) in den (geschriebenen und ungeschriebenen) Grundrechten, der Präambel (197) oder den Staatszielbestimmungen des geltenden schweizerischen Verfassungsrechts, BV Art. 2 und 31 bis II (198). Die Sozialstaatsklausel (199) des Deutschen Grundgesetzes ist ebenfalls Beispiel und Ausdruck einer derartigen Wertentscheidung.

(192) Vgl. aa. und bb. hiavor

(193) Müller, Grundrechte, 718 ff; Wimmer, materiales Verfassungsverständnis, 22ff.

(194) Bes. bezüglich der Grundrechtsauslegung; Hinderling, aaO, 225, 229.

(195) Hinderling, aaO, 217.

(196) Vgl. auch etwa Müller, aaO, 720; derselbe, Spannungsfeld, 271.

(197) Vgl. 1. Teil/II.B.3.

(198) Vgl. 2. Teil

(199) Vgl. 1. Teil/II.C.

Für den Schlussbericht der Arbeitsgruppe Wahlen reduzieren sich die Grundwerte der schweizerischen Verfassungsordnung auf die vier Prinzipien Demokratie, Garantie der individuellen Freiheit, föderative Ordnung und Sozialstaatlichkeit, nicht ohne dass richtig betont würde, unter diesen Prinzipien könnten Spannungen und Widersprüche auftreten, deren Ueberwindung nur mittels Konkretisierung möglich ist (200).

D. VERFASSUNGSVERSTAENDNIS UND VERFASSUNGS- INTERPRETATION

1. Vorverständnis

Eine Arbeit, die eine grundlegende Frage des Verfassungsverständnisses behandelt, wird immer unter einem gewissen Blickwinkel, mit einem gewissen Vorverständnis geschrieben (201).

Das Vorverständnis ist einerseits geprägt vom Verhältnis des Bearbeiters oder Interpreten zur Sache (202); darin kommt die geschichtliche Bedingtheit seiner Prämissen zum Ausdruck.

Es unterliegt dem Wandel, bedingt durch die jeweiligen gesellschaftlichen Erwartungen an das Recht (203). (Hier liegt ein Ansatzpunkt für das offene Problemdenken der Topik (204)).

- Nicht einmal die Sprache selbst ist neutral, sie ist "niemals bloße Feststellung von Tatsachen, sondern immer auch schon Stellungnahme" (205). Andererseits wird das Vorverständnis auch vom Gegenstand her beeinflusst. (Auf diesen Gesichtspunkt stützt sich die systematische Methode in der Auslegung (206)).

(201) Ehmke, Verfassungsinterpretation, 56 ff; Hesse, Grundzüge, 25 f; Häfelin, Verfassungsgebung, 77; insbesondere zur Bedeutung des Vorverständnisses für die Auslegung Hinderling, Rechtsnorm und Verstehen, 14 ff, 143 ff, 201 ff; Zäch, Tendenzen, 313 ff, bes. 320 ff, 327 ff; grundlegend Gadamer, Wahrheit und Methode; demgegenüber unklar SchlB 44 f, wo von vorurteilsfreier Verfassungsgebung die Rede ist.

(202) Wimmer, materiales Verfassungsverständnis, 25 ff; Ehmke, aaO, 70.

(203) Zäch, Tendenzen, 327, mit Anm. 82 (Literaturhinweise), 328.

(204) Vgl. dazu Hinderling, aaO, 132 ff, bes. 134 f; hinten 2:c.

(205) Navratil, Gespräche mit Schizophrenen, 11; zu diesem Problemkreis Gadamer, aaO, 361 ff.

(206) Hinderling, aaO, 203.

Als Angelpunkt für das Vorverständnis bieten sich die in den vorstehenden Abschnitten gemachten Feststellungen über das Verfassungsverständnis (207), d.h. vor allem über Verfassungs- und Grundrechtstheorien an. Bedeutungsvoll in diesem Zusammenhang ist insbesondere die materiale Verfassungstheorie, verbunden mit der entsprechenden Grundrechtskonzeption. Sie ergibt eine Fülle von Gesichtspunkten und Ordnungsgedanken, die Grundlage des Vorverständnisses bilden können (208).

Aus der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung lässt sich keine einheitliche Auffassung dessen, was eine Verfassung leisten kann und soll, herausdestillieren. Einmal gibt es diese Lehre gar nicht (209), zum andern muss man sich vor oberflächlichen Urteilen hüten und versuchen, Wesen und Möglichkeiten der Verfassung in Bezug auf die zu behandelnden Problemkreise zu erarbeiten. Damit sei nicht die Illusion genährt oder auch nur verteidigt, sorgfältige Arbeit gewährleiste wertfreie (voraussetzungslose)(210) Wissenschaft und entsprechende Erkenntnis. Die derart geleistete (Vor)Arbeit des Autors kommt nicht ohne subjektive Wertentscheidung (211) aus; durch das persönliche Element wird sie erst vollständig. Die Bedeutung der Wertentscheidung verhält sich umgekehrt proportional zur Präzision und Detailliertheit des interpretierten Verfassungssatzes. Folglich kommt der grammatikalisch-logischen Deduktion bei Eckpfeilern materialen Verfassungsverständnisses wie Grundrechten oder auch den Staatszielbestimmungen nur be-

(207) Häfelin, Verfassungsgebung, 77 ff, 129.

(208) Ehmke, Verfassungsinterpretation, 64; Hinderling, aaO, 207.

(209) Häfelin, aaO, 78.

(210) Hinderling, aaO, 202.

(211) Dazu Ehmke, aaO, 56, 170; Zäch, aaO, 330.

grenzte Bedeutung zu (212). Anders ausgedrückt: Die prä-judizierende Wirkung des Verfassungsverständnisses erstreckt sich vor allem auf die Verwendung und Interpretation von Generalklauseln, Grundrechtsbestimmungen und (Staats-) Zielbestimmungen (213).

2. Auslegung und Konkretisierung

a. Das Problem

Der vorliegende Problemkreis zieht die Frage nach der Auslegung der Verfassung nach sich, kann aber nur insofern gestreift werden, als sich Folgerungen aus den Abschnitten I. A., -C. ergeben (214). Deshalb ist das folgende hier summarisch zu rekapitulieren: Es hat sich ergeben, dass zwischen Staat und Gesellschaft enge Wechselbeziehungen vorhanden sind, aber nie eine Identität bestehen kann. Grundsätzlich ist an einer funktional begründeten Unterscheidung zwischen den beiden Begriffen festzuhalten. Infolgedessen setzen die materialen Gehalte der Verfassung dem Verfassungswandel durch

(212) Wimmer, materiales Verfassungsverständnis, 27 f.

(213) Häberle, Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung, 37.

(214) Für eingehende Beschäftigung mit der Auslegungsmethodik sind die betreffenden Monographien zu konsultieren; etwa Hinderling, Rechtsnorm und Verstehen, bes. 170 ff; sowie Keller, Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlautes, Diss, Winterthur, 1960; Lüchinger, Die Auslegung der Schweizerischen Bundesverfassung, Diss, Zürich, 1954; Campiche, Die verfassungskonforme Auslegung, Diss, Zürich, 1978; ausserdem Huber, Formenreichtum, 172 ff; Zäch, Tendenzen der juristischen Auslegungslehre, ZSR NF 96 (1977), 313 ff.

Interpretation eine Grenze (215). Verfassungswandel und Verfassungsinterpretation sind insofern an die geschriebene Verfassung gebunden, als die formalisierte Verfassungsgebung nicht überspielt werden darf (216). Entsprechend drängt sich eine konzise Normierung dort auf, wo Grenzen der Anpassungsfähigkeit des Rechts an den sozialen Wandel festgelegt werden sollen (217).

b. Konkretisierung insbesondere

Fraglich ist, ob sich die Verfassungsinterpretation an den Normtext zu halten hat, um die stabilisierende und machtbegrenzende Funktion der Verfassung nicht zu gefährden (218). Darauf gibt es keine generelle Antwort, weil die Formenvielfalt innerhalb der Verfassung eine differenzierte Betrachtung notwendig erscheinen lässt. Namentlich wird zwischen Auslegung, die sich an den Normtext hält, und Konkretisierung im Sinne von "Verfassungsentfaltung, Ausschöpfung, Anreicherung, Rechtsfortbildung durch Erfüllung ganzer Normprogramme

- (215) Zwischen Verfassungswandel und Verfassungsinterpretation lässt sich kaum eine scharfe Unterscheidung treffen, Ehmke, Verfassungsinterpretation, 68; zustimmend Saladin, Grundrechte, 389.
- (216) Häberle, Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung, 40 ff, bes. 42.
- (217) Schmid, Offenheit und Dichte, 318; Benda, Rechtsstaat im sozialen Wandel, 516.
- (218) So Hesse, Grenzen der Verfassungswandlung, 138 ff; derselbe, Grundzüge, 30 ff; a.M. Häberle, offene Gesellschaft, 303.

im Laufe der Zeit und im Wandel der Gesellschaft" (219), welche den Wortlaut des Verfassungstextes unter Umständen weit hinter sich lässt (220) (BV 4!), zu unterscheiden sein. Der Akt der Konkretisierung muss sich, unter Berücksichtigung des Normbereichs der Grundrechte, auch auf das Verhältnis der Privaten unter sich erstrecken (221). - Konkretisierung bedeutet also stets Wandlung der Verfassung ohne Veränderung des Wortlautes (222). Verdeutlichend lässt sich das Gesagte dahingehend zusammenfassen, dass die Frage Auslegung oder Konkretisierung primär mit der Struktur der zu interpretierenden Norm zusammenhängt, ganz abgesehen davon, dass eine klare Abgrenzung in diesem Bereich nicht existiert (223). In besonderen Masse konkretisierungsbedürftig sind die Grundrechte (224) und Zielbestimmungen aller Art, seien dies eigentliche S t a a t s zielbestimmungen oder bundesstaatliche Zuständigkeitsvorschriften im Rahmen der Kompetenzordnung der BV.

- (219) Huber, Formenreichtum, 186; zur Konkretisierung auch derselbe, Probleme, 109; derselbe, Konkretisierung, 191 ff; derselbe, schon in Bedeutung, 201; derselbe, Auslegung, 10; Hinderling, Rechtsnormen und Verstehen, 182 ff; Müller F., Normstruktur und Normativität, 147 ff, bes. 156 ff.
- (220) So auch Ehmke, Verfassungsinterpretation, 59 f; Müller F., aaO, 157; in diesem Sinn auch Venanzoni, Konkurrenz von Grundrechten, 281 f; a.M. Hesse, Grenzen der Verfassungswandlung, 140.
- (221) Huber, Bedeutung, 201 f.
- (222) Forsthoff, Umbildung, 117, geht in seinem Aufsatz von dieser Grundfeststellung aus; ebenso Hinderling, aaO, 184 f, gestützt auf Huber, Probleme, 112 f.
- (223) Campiche, Auslegung, 58 f.
- (224) Huber, Formenreichtum, 188 ff; in diesem Sinn auch Häberle, Wesensgehalt, 218, der von "inhaltlicher Elastizität von Grundrechten" spricht, die sich aus dem Generalklauselcharakter der Verfassungssätze und der daraus folgenden Konkretisierungsbedürftigkeit ergebe.

Konkretisierung als schöpferische Sinndeutung der Norm (225) unterscheidet sich demnach nicht grundsätzlich von der Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze und Generalklauseln im Privatrecht. Hier wie dort ist bloss logische Deduktion ausgeschlossen zu Gunsten einer "an der Richtlinie orientierten, aber für die aktuelle Wirklichkeit offenen Verstehenstätigkeit" (226). Ja, mit Hinderling darf man noch weiter gehen und die Konkretisierung nicht als Spezialfall der Auslegung betrachten, sondern als Beispiel richtiger Auslegung (227). Dieser Gedankengang führt uns zurück zur Bedeutung des Vor-Urteils seitens des Verfassungsinterpreten.

Die Auslegung der Verfassung im herkömmlichen Sinn greift vor allem dort Platz, wo bloss eine Klärung des Textes als Ziel der Auslegung erscheint (228). Trotz der Bindung an den Normtext herrscht zumindest hinsichtlich der Interpretationsmethode eine weitgehende Freiheit. Konkret: Die Beschränkung der Auslegung auf die traditionellen Interpretationsregeln innerhalb der "immanenten Logik der Normen" (229) zur "Ermittlung der richtigen Subsumption im Sinne des syllogistischen Schlusses" (230)

(225) Begriff bei Hinderling, aaO, 184, 188; ähnlich Schmid, Offenheit und Dichte, 316.

(226) Hinderling, aaO, 183.

(227) Hinderling, aaO, 194; Vgl. allgemein dazu die Gedankenführung bei Hinderling, 182-212. - "Die Norm ist nicht unmittelbar anwendbar; ihr Sinn vollendet sich erst in der Konkretisierung", Müller F., Normstruktur, 66. Diese These wird auch durch Eichenberger, Unabhängigkeit, 206, gestützt, der Auslegung ebenfalls als "schöpferischen Akt" qualifiziert. Ferner Gadamer, Wahrheit und Methode, 312, 315.

(228) Dazu Hinderling, aaO, 186.

(229) Forsthoff, Umbildung, 121, Anm. 11.

(230) Forsthoff, Umbildung, 125; zu den klassischen Auslegungsregeln etwa Lüchinger, aaO, 60 ff, bes. 86 ff; Froesch, Kompetenzverteilung, 33 ff; Kritik an Lüchinger, 148 ff.

führt nicht weiter (231). Vielmehr ist im Hinblick auf die Auslegung die Verfassung als Integrationszusammenhang zu würdigen (232); dadurch wird die Bedeutung der einheitsstiftenden Gesichtspunkte der Verfassung hervorgehoben (233). Der Gesamtzusammenhang der Verfassung und deren Grundprinzipien materieller wie formeller Art sind zu berücksichtigen (234), was eine Auseinandersetzung mit den in der Verfassung enthaltenen gegensätzlichen Wertentscheidungen bedingt (235). Einheit der Verfassung bedeutet jedoch weder systematische noch wert-hierarchische Geschlossenheit (236). Im Gegenteil, sie ist im wesentlichen als dauernde, relativ starre und lückenhafte Grundordnung charakterisiert. Daneben soll sie die Voraussetzungen für einen steten Erneuerungsvorgang gewährleisten, denn der Staat muss sich immer wieder neu konstituieren (237). Recht, insbesondere Verfassungsrecht, ist nicht in der historischen Situation seiner Entstehung eingefroren, es hat über

- (231) Hesse, Grundzüge, 23 ff; Hollerbach, Auflösung, 175 ff, 184; zum Methodenpluralismus des Bundesgerichts bezüglich der Grundrechtsauslegung, Saladin, Grundrechte, 372 ff.
- (232) Dazu Krüger, Nationale Integration, 247 ff; vgl. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 241 ff über das Verhältnis Auslegung - "Integrationssystem".
- (233) Christen, Wirtschaftsverfassung, 166 ff; Ehmke, Verfassungsinterpretation, 73; so auch Müller, Grundrechte, 902; Hesse, Grundzüge, 12, 28; Wildhaber, soziale Grundrechte, 374, sieht aus diesem Blickwinkel die Aufgabe der Verfassungsauslegung darin, Spannungen zwischen den Grundsätzen der Demokratie, des Rechtsstaates, der Freiheit und des Bundesstaates, denen er den Gedanken der Sozialstaatlichkeit beifügt, abzubauen. Die Verfassung sei als in sich sinnvoller Integrationsversuch und Ordnungszusammenhang zu begreifen.
- (234) Huber, Formenreichtum, 183; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Rdn 23 in Abschnitt I zu GG Art. 20.
- (235) Vgl. 1 Teil/ I.C.2.f.cc.
- (236) Ehmke, Verfassungsinterpretation, 77.
- (237) Krüger, Nationale Integration, 267.

den Zeitpunkt seiner Genesis hinaus eine Ordnungsfunktion zu erfüllen (238). Gleichermassen ist die in den materialen Prinzipien der Verfassung ausgedrückte Wertgrundlage immer wieder zu erneuern (239).

c. Zur Bedeutung topischen Vorgehens im Rahmen der Konkretisierung

Bei der Interpretation von Verfassungsnormen sind leitende Gesichtspunkte (240) im Sinne eines topischen (241), problembezogenen (242) - offenen Vorgehens zu berücksichtigen.

Eine Schranke wird dort aufgerichtet werden müssen, wo unter Berufung auf ein geändertes Verfassungsverständnis der Normgehalt der Verfassung derart modifiziert werden soll, dass das formelle Verfahren zur Verfassungsänderung umgangen

(238) Rupp, Wandel, 163 f.

(239) Hinderling, Rechtsnorm und Verstehen, 228.

(240) Die Konkretisierungsaufgabe ist sonst zu wenig fassbar, Müller, Grundrechte, 733; ebenso Hinderling, Rechtsnorm und Verstehen, 217, 219, der betont, dass Werte aus sich selbst heraus nicht konkretisierbar seien. Vgl. zur Konkretisierung der persönlichen Freiheit etwa BGE 97 I 45 ff. Kritik. Huber, persönliche Freiheit, 113 ff.

(241) Hesse, Grundzüge, 27; Ehmke, Verfassungsinterpretation, 62, 71; zum topischen Vorgehen allgemein Bäumlín, Recht, Staat und Geschichte, 26 ff; Hinderling, aaO, 132 ff; Saladin, Grundrechte, 376; Wimmer, materiales Verfassungsverständnis, 60 ff; Zais, Präambel, 58 ff; grundlegend Viehweg, Topik und Jurisprudenz, bes. 31 ff.

(242) Hesse, Grundzüge, 26 f; Hinderling, aaO, 133 ff.

wird (243). Der Wortlaut hat zumindest insofern eine Schrankenfunktion, als dessen normativer Spielraum, der sich im Normprogramm (244) ausdrückt, nur dann überschritten werden darf, wenn er fehlerhaft oder unverständlich ist. Dabei gilt, dass Norm und Normtext umso leichter gleichzusetzen sind, je spezieller die Norm gefasst ist (245). Im gleichem Mass gewinnen die herkömmlichen Auslegungsmethoden an Gewicht (246).

Die Frage, w e l c h e Gesichtspunkte heranzuziehen seien, ist grundsätzlich nicht logisch-systematisch deduzierbar. Zwar sind normfremde Kriterien zulässig, nicht aber Gesichtspunkte, die des notwendigen Bezugs auf das Sachproblem entbehren (247). Topik setzt immer auch eine gewisse "Eingeschlossenheit in eine wie auch immer zu bestimmende Ordnung (voraus), die nicht als solche erfasst wird" (248). - Die Norm bleibt insofern Mittelpunkt der Interpretation, als sie nicht aus dem Geflecht eines Beziehungsnetzes gelöst werden kann. Es liegt eine "gegenseitige Ergänzung von deduktiv-begrifflichem und problembezogenem Denken" (249) vor, was ausschliesst, beliebige Problemlösungsgesichtspunkte beizuziehen.

(243) Vgl. Häfelin, Verfassungsgebung, 80 ff; Müller F., Normstruktur, 159, 160; dazu weiteres unter D.3.

(244) Dazu zusammenfassend Hesse, aaO, 27 f.

(245) Müller F., Normstruktur, 153.

(246) Hesse, aaO, 27.

(247) Müller F., Normstruktur, 57 ff, 59; Hesse, aaO, 27.

(248) Viehweg, Topik und Jurisprudenz, 34.

(249) Müller F., Normstruktur, 67; zur systematischen Strukturierung der Topik auch Hinderling, aaO, 133.

Die Anerkennung der Berechtigung topischer Verfahrensweise im Bereich der Rechtsanwendung bedeutet, "dass ein rechtsanwendendes Organ an der Ausbildung des rechtlichen Normsystems ebenso beteiligt sein kann wie der Gesetzgeber" (250).

3. Der Einfluss unterverfassungsmässiger Normen auf die Leitfunktion der Verfassung

Gesellschaftliche Veränderung und Verfassungsinterpretation sind voneinander abhängig (251). Dies kommt darin zum Ausdruck, dass die materialen Prinzipien der Verfassung zwar dauerhaft sind, sie aber dem Gesetzgeber dennoch genügend Flexibilität zur Ausgestaltung gewährleisten (252) und jedenfalls vermieden wird, den Gesetzgeber in eine blosser Vollzugsrolle abzurängen. (Ein derartiges materiales Prinzip ist in der Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes zu erblicken, aber auch etwa in den Grundrechtsbestimmungen). Es geht im folgenden darum festzustellen, bis zu welchem Ausmass die Verfassung Ausdruck oder Konzentrat unterverfassungsrechtlicher rechtsverbindlicher Vorstellungen bildet (253):

Das Verhältnis der Verfassung zu unterverfassungsrechtlichen Normen lässt sich nicht durch ein Gleichgewichtsmodell im Sinne Häberles (254) erfassen. Wenn die Verfassung gleichsam ein

(250) Métraux Alexandre, Rechtsetzung und Rechtsanwendung aus argumentationstheoretischer Sicht, in: Social Strategies 11, Basel 1978, 88.

(251) Benda, Rechtsstaat im sozialen Wandel, 514.

(252) Benda, aaO, 517; ähnlich auch Lerche, Verfassungswandel, 290 f; ebenfalls betont bei Bachof, Begriff und Wesen, 222.

(253) Lerche, aaO, 286 ff.

(254) Häberle, Wesensgehalt, 72; anders, wie im Text, Müller F., Positivität der Grundrechte, 89 f; Willke, aaO, 127 f.

Spiegelbild wechselnder sozialer Gestaltung sein soll, liegt eine Vernachlässigung der *L e i t f u n k t i o n* der Verfassung im allgemeinen und der Grundrechte im besonderen vor (255). Dies zeigt sich dann, wenn im Rahmen der gegenseitigen Wechselwirkung die näher bei der sozialen Wirklichkeit liegenden Gesetzesnormen gegenüber den Verfassungsnormen im Sinne der "Einbeziehung des Tatsächlichen" (256) zu stark gewichtet werden (257). Als geradezu zwangsläufig erscheint diese Konsequenz, wenn das verfassungsgebende Organ Einigkeit nur über einen dilatorischen Formelkompromiss zu erzielen vermag (258), so dass die Verfassung im beschriebenen Sinn gleichsam von unten her (259) in einen Veränderungsprozess einbezogen wird. Sie lässt sich nicht aus sich selbst heraus begreifen, nimmt sie doch auf die-

- (255) Benda, aaO, 516; Grimm, Verfassungsfunktion, 506; ähnlich Wimmer, materiales Verfassungsverständnis, 94 f, bezüglich der Präjudizierung des Verfassungssinnes durch Rechtsinstitutionen.
- (256) Häberle, aaO, 111.
- (257) Vgl. dazu Willke, aaO, 129 ff, bezugnehmend auf Leibholz, Strukturprobleme der modernen Demokratie, 1958, 280.
- (258) Schmid, Offenheit und Dichte, 316; darauf scheint auch Saladin, Unerfüllte BV?, 310, anzuspielen.
- (259) Lerche, aaO, 287; SchlB 22, 44; Häberle, offene Gesellschaft, 300; vgl. derselbe, Wesensgehalt, 213 ff; Müller, Grundrechte, 824, bezüglich des Einflusses "sozialstaatlicher erweiterter oder angereicherter Gesetze" als Bestandteil der Verfassungswirklichkeit auf die "Grundlinien einer Verfassung". Umgekehrt ist auch denkbar, dass Verfassungswandlung und Verfassungsgebung vor allem im Hinblick auf eine Totalrevision der BV durch Teilrevisionen präjudiziert werden. Häberle, Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung, 5, gestützt auf Germann, Innovation, 97 ff. Eichenberger, Fragen, 213 f, spricht von Fernwirkung von Partialrevisionen und unterscheidet "Vorauswirkungen" von Vorentwürfen künftiger Partialrevisionen und "antizipierte Nachwirkungen" beschlossener Partialrevisionen.

se Weise ohne formelle Verfassungsänderung am geschichtlichen Wandlungsprozess (260) teil. Die Möglichkeit kontinuierlicher Neuinterpretation ist im Rahmen des institutionellen Grundrechtsverständnisses gegeben, da die Voraussetzungen zur Ausübung der Grundrechte, die überwiegend von unterverfassungsrechtlicher Ausgestaltung abhängen, in den Schutzbereich integriert sind. Die Schranken einer derartigen Konzeption wird einerseits in der Wesensgehaltsgarantie nach dem Vorbild von GG Art. 19 II bzw. VE Art. 23 I zu suchen sein, andererseits liegt sie dort, wo Verfassungsinterpretation in Verfassungsgebung umschlägt (261). Im übrigen ist die Befugnis Schranken zu ziehen, nach Massgabe der verfassungsrechtlichen Möglichkeiten (BV 113 III!) und der gesetzlichen Ausgestaltung dem Verfassungsrichter überbunden (262). Die Frage nach dem Wesensgehalt kann sich nämlich sowohl bei Eingriffen des Gesetzgebers wie auch im Rahmen der inhaltlichen Konkretisierung von Verfassungsnormen stellen (263).

Häberle (264) legt besonderen Wert auf die Verschränkung von verfassungsrechtlichem Grundsatz und unterverfassungsrechtlicher Norm. Ausgehend von der "offenen Gesellschaft", die

(260) Lerche, aaO, 287; zur Geschichtlichkeit des Rechts allgemein, Bäumlin, Recht, Staat und Geschichte.

(261) Häberle, Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung, 29 ff, 31.

(262) Hinderling, Rechtsnorm und Verstehen, 234; zur Praxis des BGer: Saladin, Grundrechte, 105, 364 ff, 418, der die Bemühungen des Bundesgerichts seit dem Fall Castilla (90 I 29 ff) würdigt, einen innersten Bezirk einzelner Grundrechte, insbesondere der persönlichen Freiheit, zu umreissen. Zur Praxis bezüglich der verfassungskonformen Gesetzesauslegung: Müller, Persönlichkeitsschutz, 178 ff, und neuestens die Monographie von Campiche, Die verfassungskonforme Auslegung, Diss, Zürich, 1978.

(263) Hinderling, aaO, 233.

(264) Häberle, Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung.

eine Konfrontation von Verfassungsgebung und Verfassungsinterpretation nicht ertrage (265), begründet er die Auffassung, Verfassungsinterpretation sei als ein "öffentlicher Prozess" (266) zu verstehen. Eine besondere Rolle ist dabei dem Gesetzgeber zugedacht: Dieser fungiert als "Schrittmacher von Verfassungsinterpretation und Verfassungswandel", wodurch die Entwicklung der Verfassung gleichsam von unten präjudiziert wird (267). Nach der Konzeption Häberles ist der Begriff Verfassungsinterpretation *w e i t* zu fassen, er erfährt eine Ausdehnung um die Dimension der Öffentlichkeit durch alle am politischen Gemeinwesen beteiligten Kräfte (268). Verfassungsgebung und Verfassungsinterpretation sollen also aus der geschlossenen Gesellschaft juristischer Verfassungsinterpreten, gleichsam einem juristischen Ghetto, herausgehoben werden (269):

1. Verfassungsinterpretation umschliesst nicht mehr allein die Tätigkeit der am Verfassungsprozess formell Beteiligten, sondern baut auf das Engagement aller gesellschaftlichen

(265) Häberle, aaO, 4.

(266) Häberle, aaO, 9 ff, 15 und passim. Konsequenz: "Pluralisierung" und "Demokratisierung" bergen die Gefahr, dass Verfassungsinterpretation zunehmend auf die formelle Verfassungsgebung überspielt, diese letztlich schwachmatt setzt und in eine fortlaufende Prozessualisierung der Verfassung ausmündet. Es ist aber unumgänglich, dass sich die Verfassung relativ konstant zu behaupten vermag, so auch Heller, Staatslehre, 250.

(267) Häberle, offene Gesellschaft, 300. Zur Rolle des Gesetzes, namentlich auch der Rückkoppelung zwischen Gesetz und Verfassung bzw. umgekehrt: SchlB 22.

(268) Dies ist das Grundanliegen Häberles, offene Gesellschaft, 297 ff. Dazu auch derselbe, Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung, 10.

(269) Häberle, offene Gesellschaft, 297, 303.

Mächte, insbesondere der politisch aktiven Bürger.

2. Verfassungsgebung beschränkt sich nicht allein auf ein speziell geregeltes, demokratisch ablaufendes Verfahren (270).
3. Die pluralistische Demokratie als Organisationsprinzip von Staat und Gesellschaft beherrscht Verfassungsgebung und Verfassungsinterpretation (271).

Zuzustimmen ist den Ueberlegungen Häberles insofern, als er die Verfassungsgebung mit der Existenz materiellen Verfassungsrechts in Beziehung setzt (272) und es deshalb ablehnt, Verfassungsgebung als einmaligen Urakt (273) zu verstehen. Anders verhält es sich mit der Gefahr einer übermässigen Dynamisierung der Verfassung, die von Häberle gering veranschlagt wird mit dem Argument, dass die Verfassung neben ihrer Bedeutung als funktionellrechtliche Grundordnung vor allem Prozesse anrege (274). Gegen eine doppelgesichtige Verfassungskonzeption ist nichts einzuwenden, doch darf die Verfassung ihre Leitfunktion nicht dadurch aufgeben, dass sie bloss die soziale Wirklichkeit wiederzuspiegeln sucht (275). Darauf ist umso mehr zu achten, wenn Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung als

(270) Häberle, Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung, 15 ff.

(271) Häberle, aaO, 18 f.

(272) Vgl. 1. Teil/I.A.3.

(273) Häberle, aaO, 23 ff.

(274) Häberle, aaO, 13.

(275) Auf diese Ueberlegung gründet sich die Ablehnung der Thesen Häberles durch Benda, Rechtsstaat im sozialen Wandel, 516. Die Steuerungsfunktion der Verfassung tritt bei Häberle ganz allgemein zurück; vgl. etwa offene Gesellschaft, 301.

öffentliche Prozesse mit der systematischen Demokratisierung von Staat und Gesellschaft einhergehen (276). Von dieser Konzeption aus leuchtet es auch ein, dass sich Verfassungsinterpretation im ausgeführten erweiterten Sinn und Verfassungsgebung nur schwer abgrenzen lassen (277).

Wird der politische Prozess zum Schrittmacher der Verfassungsinterpretation, erfolgt in dem Sinne eine "Demokratisierung" (278), so wird daraus noch nicht ersichtlich, wieso "im Pluralismus des Konkretisierungsprozesses die beste Garantie für die Einhaltung von Grenzen der Verfassungsgebung" (279) liegen soll, denn über die Funktionsfähigkeit der betreffenden Mechanismen ist damit nichts ausgesagt. Auch unter diesem angeführten Gesichtspunkt wird also der Leit- und Schrankenfunktion der Verfassung nicht genügend Bedeutung beigemessen, da die so verstandene Verfassung unmittelbar auf die demokratisch artikulierten Bedürfnisse ihrer "Interpreten" antwortet. Die Einschränkung, dass das Verfahren permanenter Verfassungsgebung an der normativen Kraft der geschriebenen Verfassung seine Grenze finde (280), vermag die oben angeführten Bedenken nicht auszuräumen.

(276) Vgl. dazu 1. Teil/1.C.2.e.

(277) Häberle, Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung, 31.

(278) Häberle, offene Gesellschaft, 297.

(279) Häberle, Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung, 19.

(280) Häberle, aaO, 42; dies ein Punkt, der bei Saladin, Grundrechte, 390, betont wird: "Unangreifbar muss jedoch die ideelle Substanz der einzelnen Rechte sein, ihre Umwandlung muss, - wenn die verfassungsmässige Kompetenzordnung nicht aus den Angeln gehoben werden soll-, notwendig der formellen Verfassungsrevision vorbehalten bleiben, ...".

II. EINGRENZUNG DES BEGRIFFS DER STAATSZIEL- BESTIMMUNG

A. VORBEMERKUNGEN

Zweck des vorliegenden Abschnittes ist es, die Terminologie im thematischen Umfeld der Staatszielbestimmungen zu klären, die verschiedenen Arten von Bestimmungen gegeneinander abzugrenzen und einzuordnen. Weder notwendig noch zweckmässig wäre es, die ganze Fülle der terminologischen Vorschläge in der Literatur (insbesondere im deutschen Schrifttum) heranzuziehen und ein "Inventar des Wortschatzes"(281) zu erstellen. Der Sinn einer vorgängigen Begriffserklärung kann nur darin bestehen, die relevanten Strukturtypen herauszuarbeiten, um so die Arbeitsinstrumente für die Untersuchung des schweizerischen Verfassungsrechts, de lege lata wie auch hinsichtlich ausgewählter Bestimmungen des VE 77, bereitzustellen. Obwohl die vorliegende Arbeit primär dem schweizerischen Verfassungsrecht gilt, ist es hier wie in andern Kapiteln unerlässlich, in beschränktem Ausmass auf die deutsche wissenschaftliche Literatur zurückzugreifen. Dort wurde die Problematik der Zielnormen - insbesondere im Zusammenhang mit GG 20 /28 - weit eingehender behandelt als im schweizerischen Schrifttum, das diese Probleme bis jetzt kaum beachtet hat, sie aber im Zusammenhang mit der "offenen Verfassung", die der Verfassungsentwurf anstrebt, wohl wird erörtern müssen. - Trotz langjähriger Diskussion über den Sozialstaatsgrundsatz ist die Terminologie nach wie vor verwirrend vielfältig (282).

(281) Contiades, Staatsstrukturbestimmungen, 66.

(282) Derselbe, aaO, 69, insbesondere A.99.

B. (STAATS-)ZIELBESTIMMUNGEN IN FORMELLER HINSICHT

1. Zielsetzung

Es soll versucht werden, den Begriff der Staatszielbestimmung näher zu charakterisieren und gegenüber andern normativen Aussagen der Verfassung abzugrenzen. Ausserdem wird darauf zu achten sein, allfällige Doppelbedeutungen und Bedeutungsüberschneidungen sichtbar zu machen. Die Frage des materiellen Gehaltes bleibt praktisch ausgespart und kommt im Rahmen der Teile zwei und drei dieser Arbeit wo nötig zu Vergleichszwecken zur Sprache. Es erscheint nicht als sinnvoll, die Sozialstaatsproblematik ein weiteres Mal zusammenfassend darstellen zu wollen. Als Beispiel einer Staatszielbestimmung par excellence diene die in Art. 20 Abs. 1 und 28 S.1 des Bonner Grundgesetzes enthaltene Sozialstaatsklausel. Sie gehört zu denjenigen Verfassungsbestandteilen, welche die Funktion haben, Richtlinien und Grundsätze aufzustellen (283). Dabei ergibt sich die Frage, ob derartige Bestimmungen nur den Ist-Zustand aufnehmen oder aber Ziele indizieren wollen. Die Terminologie ist wenig ergiebig; ihre Bedeutung muss gering veranschlagt werden, weil die Anzahl der Wortschöpfungen sehr gross und ihr Gebrauch wenig einheitlich ist (284). Das rührt zu einem guten Teil daher, dass sich die Lehre dieser Vielfalt im Hinblick auf eine Vereinheitlichung und dogmatische Klärung noch kaum angenommen hat. Davon sind diejenigen Termini auszunehmen, die sich als Ausdruck und Bestandteil eines eigentlichen rechtsdogmatischen Systems

(283) Scheuner, Staatszielbestimmungen, 341.

(284) Vgl. z.B. die Uebersicht bei Contiades, aaO, 66 ff.

oder als Begriffsprägung innerhalb eines solchen darstellen (285).

2. Staatszielbestimmungen und Leitgrundsätze

a. Charakterisierung

Wie oben erwähnt (286), stammt der Begriff Staatszielbestimmung von Ipsen, der ihn zur Charakterisierung der Sozialstaatsklausel schuf. Er ist inzwischen Allgemeingut geworden (287). Scheuner unterscheidet zwischen Zielnormen, die sich auf das staatliche Tun im allgemeinen (Sozialstaatsgrundsatz) (288)

(285) z.B. bei Wolff: "verfassungsgestaltende Grundentscheidungen", Verwaltungsrecht I § 25 I, II.

(286) Vgl. Einleitung

(287) Verwendung etwa durch Forsthoff, Begriff, 189; Bachof, aaO, 203; Köttgen, Der soziale Bundesstaat, 441; Krüger, VVDStRL 12, 111 (Diskussionsvotum); Siecken, Sozialstaatsklausel, 71 ff; 265; Müller, Grundrechte, 904 ff; Lerche, Uebermass, 230 ff; Wildhaber, Projekt, 246.

(288) Scheuner, Staatszielbestimmungen, 341; Beispiele: GG 26 I: Verbot des Angriffskrieges, GG 109 IV: Grundsatz des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts; BV Art. 2 und 31 bis I.
A.M. v. Wedel, Staatszielbestimmungen, 82 ff. Bei Rechtsstaatlichkeit, Sozialstaatlichkeit etc. handle es sich um bloße Oberbegriffe für bestimmte Verfassungsnormen oder Verfassungsvoraussetzungen (dazu Krüger, Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen, 285 ff, bes. 286-302). Er führt als Beispiel eines als Zielbestimmung ungeeigneten Begriffs die Rechtsstaatlichkeit u.a. mit der Begründung an, dass der Begriff des Zieles voraussetze, es sei ein Weg dorthin zurückzulegen. Der soziale Rechtsstaat jedoch sei in der Bundesrepublik eine Realität. V. Wedel verkennt, dass die Entwicklung zum Rechtsstaat kaum je abgeschlossen sein kann, erheischen doch soziale und technische Bedingungen immer wieder - vor allem gesetzgeberische - Anpassung an eben dieses Ziel. Es erscheint als zu oberflächlich, wenn v. Wedel diesen Aspekt mit der Bemerkung unter den Tisch wischt, die Vervollkommenung verstehe sich ohnehin von selbst.

beziehen, und Zielnormen, die sich im Rahmen eines beschränkten Sachgebietes bewegen (289). "Staatszielbestimmung" ist also der umfassendere Begriff mit prägendem Gehalt für die ganze staatliche Gemeinschaft. Andernorts (290) hat Scheuner hinsichtlich der Sozialstaatsklausel und des Art. 26 Abs. 1 GG den Begriff "verfassungsmässige Leitgrundsätze" (291) verwendet. Die beiden Ausdrücke müssen folglich deckungsgleich und nebeneinander gleichwertig verwendbar sein (292). Saladin bezieht den "Komplex der Leitgrundsätze" dergestalt auf die politische Entscheidung, dass diese stets der normativen Legitimierung bedarf. Allerdings entbehren diese Richtlinien, die letztlich auf des "persönlich-ethische Engagement des einzelnen Entscheidungsträgers" angewiesen sind, der scharfen Kontur (293). In einem späteren Zeitpunkt (294) hat Scheuner seine Terminologie zu Gunsten des Ausdrucks "Verfassungsprinzip" revidiert, den er synonym auch als "Verfassungsgrundsatz" (295) bezeichnet. Daraus ergibt sich, dass der Terminus "Zielbestimmung" als solcher über die inhaltliche Spannweite

(289) Diese Unterscheidung dem Grundsatz nach auch bei v. Wedel, aaO, 82; Generelle und konkrete Ziele.

(290) Scheuner, aaO, 333, mit Verweisung auf "Die Auslegung verfassungsrechtlicher Leitgrundsätze", zwei Gutachten zur hessischen Sozialisierung, 1952, 34-40.

(291) Anders Häfelin, Verfassungsgebung, 95, der den Leitgrundsätzen eine nur "sektorielle Bedeutung" zumisst. Er räumt aber unmittelbar nachher ein, dass "die beiden Formen um ihrer für die Staatstätigkeit richtungsweisenden Funktion willen zusammen (gehören)" und sich nicht voneinander abgrenzen lassen.

(292) Saladin, Verfassungserneuerung, 269 ff, bes. 286 ff.

(293) Saladin, aaO, 286.

(294) Grundgesetz in der Entwicklung, 361, Anm. 2; DöV, 506, Anm. 12.

(295) Scheuner, Staatszielbestimmungen, 342; zum Begriff des Verfassungsgrundsatzes hinten I. Teil/ II. B. 2. c..

einer Bestimmung noch nichts aussagt, vielmehr können Zielbestimmungen sowohl in Gestalt von Gesetzgebungsaufträgen erscheinen, als auch "allgemeine Grundeinstellungen staatlichen Tuns" (296) darstellen.

Als Zielbestimmungen im Rahmen der Verfassungsgrundsätze bzw. der Verfassungsprinzipien sind folglich Bestimmungen anzusprechen, "die einen dynamischen Zug tragen, die auf künftige noch zu gestaltende soziale Fragen hinweisen und der staatlichen Aktivität weniger Grenzen ziehen, als vielmehr die Bahn weisen" (297). Wenn wir davon ausgehen, dass der Bezugsrahmen von Zielbestimmungen grundsätzlich unterschiedlich weit ist, müssen wir versuchen, den nur relativ abstrakt bestimmbaren (298) Bereich der Staatszielbestimmungen wenigstens andeutungsweise zu fixieren: In Deutschland werden exemplarisch gemeinhin Rechtsstaatlichkeit, Sozialstaatlichkeit sowie Sicherung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts genannt (299), während in der BV vor allem Art. 2 und 31 bis I in Betracht kommen.

Einigkeit dürfte darüber bestehen, dass es bei den Zielbestimmungen der einen wie der andern Art stets um die Lösung

(296) Scheuner, Staatszielbestimmungen, 341; vgl. auch v. Wedel, Staatszielbestimmungen, 82/83.

(297) Scheuner, aaO, 342.

(298) Bull, aaO, 44f.

(299) Weisel, Sozialstaatsgrundsatz, hält demgegenüber den Begriff Staatszielbestimmung in diesem Zusammenhang für verfehlt, weil es an einer verbindlichen Vorstellung hinsichtlich des erstrebten Zustandes fehle. Er akzeptiert den Terminus nur für konkret umschriebene Ziele, z.B. die Wiedervereinigung (Präambel des GG), 64 f.

eines Zielkonfliktes geht (300), was in unserem konkreten Fall die Frage aufwirft, in welchem Verhältnis die in GG Art. 20 niedergelegten grundlegenden Prinzipien zueinander stehen. Dies ist jedoch eine Frage, die nur unter Berücksichtigung des materiellen Gehaltes von GG Art. 20/28 beantwortet werden kann. Dabei hängt vieles von der Frage ab, ob oder allenfalls in welchem Ausmass ein Antagonismus zwischen Rechtsstaat(sprinzip) und Sozialstaat(sprinzip) besteht. An dieser Kernfrage scheiden sich die Geister.

b. Begriff der Verfassungsdirektiven insbesondere (301)

Auf die Begriffsschöpfung Lerches ist hier aus zweierlei Gründen einzutreten: Einmal hat seine Terminologie bereits in die wissenschaftliche Literatur Eingang gefunden (302). Ueberdies hebt sich seine Schöpfung, wie aus dem folgenden ersichtlich, weit über blossе Begrifflichkeit hinaus. Lerche hat schon in "Uebermass und Verfassungsrecht" (303) erkannt, dass die hergebrachten Unterscheidungen bei der Deutung von "Grundsatznormen", insbesondere jener Aspekte, die "stetigen staatlichen Vollzug eines sich immer wieder neu aktualisierenden Verfassungsauftrages" (304) verlangen, nicht gerecht zu werden vermögen. Er scheidet deshalb einen dirigierenden, also Direktiven enthaltenden Verfassungsbezirk aus, der weder mit eigentlichen Staatszielbestimmungen noch mit der institutionellen Verfassungsschicht noch mit dem Be-

(300) V. Wedel, aaO, 81; Scheuner, aaO, 346.

(301) Lerche, Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, AöR 1964, 341 ff.

(302) Beispielsweise bei Saladin, Struktur und Stil, 220; Esser, Grundsatz und Norm, 75.

(303) Lerche, Uebermass, 61 ff.

(304) Lerche, Uebermass, 64.

griff der Zielformel identisch ist. Unter diesen Begriffen bestehen lediglich Ueberschneidungen. Die begriffliche Unschärfe findet ihren Ausdruck zum Teil in der schillernden Bedeutungsvielfalt der Sozialstaatsklausel.

Dirigierende Komponenten der Verfassung sind jene Bestandteile von Grundsatznormen, welche den Gesetzgeber zu sozialgestaltender Aktivität anhalten (305).

Durch die Differenzierung des Begriffs "Verfassungsdirektive" lassen sich primär zwei in unserem Zusammenhang bedeutungsame Kategorien gewinnen: "Programmsätze" und "Verfassungsbefehle", so dass insgesamt deren Kreis als etwas weiter gezogen erscheint als etwa derjenige der "verfassungsrechtlichen Leitgrundsätze" Scheuners (306).

Ausgangspunkt für das Vorgehen Lerches ist eine Qualifizierung des Programmsatzes unter materiellen Gesichtspunkten im Gegensatz zur prozessualen Betrachtung, die den Programmsätzen alle Bestimmungen zuordnet, welche für den Bürger nicht unmittelbar verbindlich sind (307). Das letztere Vorgehen macht es unmöglich, zwischen reinen Deklamationen ohne Normcharakter und Verfassungsbestandteilen, die der Konkretisierung, Vollziehung oder Ausführung durch den Gesetzgeber bedürfen, zu unterscheiden.

Werden die Programmsätze materiell betrachtet, so fällt auf, dass sie eine "in die Zeit hineinwirkende" (308) Linie oder Richtung bezeichnen. Zu dieser Kategorie gehören neben den

(305) Lerche, Uebermass, 64.

(306) Scheuner, Staatszielbestimmungen, 333.

(307) Dazu Lerche, Verfassungsdirektiven, 346 ff.

(308) Lerche, aaO, 347.

gemeinhin als Leitgrundsätze bezeichneten Bestimmungen wie Grundrechte, Staatszielbestimmungen, (Sozialstaatsklausel!) etc. auch die Kompetenznormen, welche Befugnisse zwischen Bund und Ländern bzw. Kantonen aufteilen.

Die zweite Schicht unterscheidet sich dadurch von der oben skizzierten, dass sie den Gesetzgeber im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit nur zu einem einmaligen gesetzgeberischen Akt verpflichtet. Lerche nennt diese Aufforderungen "Verfassungsbefehle" (309).

c. Der Verfassungsgrundsatz

aa. Geschriebene und ungeschriebene Verfassungsgrundsätze

Hält man sich vor Augen, dass, - wie bereits dargelegt-, formelle und materielle Verfassung auseinanderklaffen (310), ist das Problem, Verfassungssätze und Verfassungsgrundsätze genau zu lokalisieren und zu erfassen, leicht zu erkennen. Denn: Nicht jeder in der Verfassung enthaltene Satz hat materiellen Verfassungsrang, und umgekehrt gibt es auch ungeschriebenes Verfassungsrecht (311).

Wenn an dieser Stelle noch ungeklärt bleibt, ob und allenfalls wodurch sich die Kategorie der Verfassungsgrundsätze

(309) Lerche, aaO, 354 ff.

(310) So Krüger, Verfassungsgrundsatz, 187; zur formellen bzw. materiellen Verfassung siehe oben I.A.

(311) Krüger, aaO, 187; Saladin, Struktur und Stil, 224; auch Esser, Grundsatz und Norm, 71, 94: "wir müssen aber ... feststellen, dass die formulierten Texte als solche nie die Gesamtheit des positiven Rechtsstoffes ausmachen". Vgl. 1. Teil/I.A.3..

oder -prinzipien auszeichnet, so liegt doch mindestens die Aufteilung in geschriebene und ungeschriebene Verfassungsgrundsätze (312) nahe.

Die Notwendigkeit ungeschriebener Verfassungsgrundsätze, anerkannt durch Lehre und Praxis, hat sich in der Schweiz aus der Unvollständigkeit und mangelnden formalen Geschlossenheit der geltenden Bundesverfassung ergeben (313). Es handelt sich hierbei um überpositive allgemeine Rechtsgrundsätze (314), also nicht um Normen im rechtstechnischen Sinne.

bb. Ungeschriebene Grundsätze insbesondere

Besonderes Gewicht kommt den aus dem Gleichheitsgebot von BV 4 abgeleiteten Grundsätzen zu (315). Sie haben ihre Wurzeln einerseits im formellen (316), andererseits im ma-

- (312) Zu diesen letzteren vgl. Saladin, Struktur und Stil, 223 f; Grisel, Droit public non écrit, 143 ff; Saladin, Fairness, 41 ff; Grisel, Droit administratif, 161 ff.
- (313) Dazu Saladin, Struktur und Stil, 220.
- (314) Grisel, Droit administratif, 40; Huber, Verhältnismässigkeit, 17 ff, bes. 19; Imboden/Rhinow, Nr. 58 B III; Wolffers, Verhältnismässigkeit, 297 ff; Huber, Auslegung, 9.
- (315) Dazu ausführlich Saladin, Fairness, 41 ff, mit Literaturhinweisen; im Anschluss daran auch Wildhaber, Projekt, 250 f.
- (316) Bei Saladin, aaO, 43 ff: Anspruch auf rechtliches Gehör, Anspruch auf Begründung einer Verfügung, Anspruch auf rechtmässige Zusammensetzung der entscheidenden Behörde und auf den Ausstand Befangener, Verbot des überspitzten Formalismus, Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung, Verbot der Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel, Anspruch auf formlose Berichtigung von Rechtsfehlern.

teriellen Rechtsverweigerungsverbot (317). Diese verselbständigten Prinzipien haben teilweise nurmehr einen sehr lockeren Bezug zur ursprünglichen Bedeutung des Rechtsgleichheitsgebotes.

Eine Sonderstellung nimmt das Prinzip der Verhältnismässigkeit ein, das vom Bundesgericht zumeist als selbständiger Verfassungsgrundsatz ohne direkten Bezug zu BV 4 qualifiziert wird (318).

(317) Bei Saladin, aaO, 53 ff: Gebot des Verhaltens nach Treu und Glauben^o; Gebot der Rechtssicherheit; Gebot der Verhältnismässigkeit; Gebot der Klarheit und Bestimmtheit staatlicher Eingriffe^o; Allgemeinheit, Gleichmässigkeit, Verhältnismässigkeit und Gesetzmässigkeit der Besteuerung; nulla poena sine lege. (Bei den mit ^o bezeichneten Grundsätzen dürfte es sich nach der Terminologie von Esser, Grundsätze und Norm, 96 f, um "Standards" handeln, die sich dadurch kennzeichnen, dass sie einen Massstab angeben und zwar durch "Verweisung auf die in vivo gewonnenen Wert-, Pflicht-, oder Sorgfaltsanschauungen oder auch durch Einschaltung eines Wertbegriffes, der nach der richterlichen Diskretion auszufüllen ist. Im Anschluss an Esser auch Teubner, Standards und Direktiven, 45 ff. Vgl. zu den "Standards" auch Hinderling, Rechtsnorm und Verstehen, 137: "Der standard basiert auf dem historisch gewachsenen 'Normalen' und erlebt dessen Evolution mit, ist aber andererseits zu sehr normativer Begriff, um einen revolutionären Bruch mit seinem entwickelten Gehalt zu vollziehen. Unter dem Gesichtspunkt einer dynamischen Rechtsentwicklung hat der Standard auf diese Weise eine stabilisierende Wirkung".

(318) Vgl. Saladin, aaO, 60 ff; etwa 94 I 496; 99 Ib 156; 96 I 242; 101 Ia 481; 101 Ia 513; 103 Ia 259 (267/9); Weber-Dürler, Rechtsgleichheit, 122 ff; vgl. auch die Nachweise bei Imboden/Rhinow, Nr. 58 II/III, 340 ff; sowie die Diskussion bei Hotz, Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit, 59 ff, bes. 70 ff; Zimmerli, Verhältnismässigkeit, 20 f.

Das Verhältnismässigkeitsprinzip gilt als allgemeiner Rechtsgrundsatz (319), beansprucht also Gültigkeit für Rechtsetzung wie Rechtsanwendung (320). - Daneben leitet das Bundesgericht dieses Gebot auch unmittelbar aus BV 4 ab, wohl "um zum Ausdruck zu bringen, dass (es) seine verfassungsrechtlich relevante Wirkung auch auf Tatbestände entfalte, die ausserhalb des Schutzes eines spezifischen Freiheitsrechtes stehen (321). In der Literatur erscheint das Verhältnis zwischen Rechtsgleichheit und Verhältnismässigkeitsprinzip ebenfalls als illiquid (322).

In der Schweiz als einem Bundesstaat ist darüber hinaus das Gebot bundesfreundlichen Verhaltens für die Gliedstaaten besonders bedeutsam (323). Aber auch der materielle Rechtsstaat, die rechtsstaatliche Demokratie beruhen auf solchen Verfassungsprinzipien: In der Schweiz sind in diesem Sinne die ungeschriebenen Grundrechte zu den Verfassungsgrundsätzen zu zählen (324). Huber ordnet dieser Kategorie auch noch den

(319) Huber, Verhältnismässigkeit, 19; Zimmerli, Verhältnismässigkeit, 22.

(320) BGE 96 I 242; Huber aaO, 24 f.

(321) Zimmerli, Verhältnismässigkeit, 20, gestützt auf Saladin, Fairness, 61.

(322) Weber-Dürler, aaO, 123 f; ähnlich Zimmerli, Verhältnismässigkeit, 20 f. (Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Problem würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen und erwiese sich überdies für das Thema nicht fruchtbar).

(323) Huber, Ungeschriebenes Verfassungsrecht, 103 ff; dazu jetzt VE Art. 43; VEB, 106.

(324) Huber, aaO, 103 f; vgl. dazu Saladin, Grundrechte, 286 ff, 289; Saladin sieht Ansätze zu dieser Betrachtungsweise in der bundesgerichtlichen Praxis, "die einzelnen Individualrechte in einen Gesamtkörper der Grundrechte und darüber hinaus in den Komplex der "Leitideen der Verfassung" ... einzuordnen".

Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung zu (325).

Bemerkenswert ist es, dass die Rechtsprechung in der Lage ist, aus Verfassungsgrundsätzen wieder neue Grundsätze zu erzeugen (326), so dass sich gleichsam Grundsatzketten bilden (327).

Alerdings läuft durch die so erreichte Zunahme der Verfassungsgrundsätze die Verfassung Gefahr zu erstarren, weil "die Offenheit einer Verfassung für Wandelung proportional der Zahl der Verfassungsgrundsätze abnimmt" (328). Dies wird vor allem dann zutreffen, wenn die Konkretisierung von Verfassungsgrundsätzen gesetzgeberischer Aktivität bedarf (329), doch dürfte sich eine Verfassungsverfestigung auch dann

(325) Huber, aaO, 105; vgl. auch Krüger, Verfassungsgrundsatz, 208 f. Es erweist sich hier einmal mehr die Unübersichtlichkeit des Sprachgebrauches, welcher die genaue Unterscheidung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Verfassungsgrundsätzen und sogar von Grundsätzen der rechtsstaatlichen Verwaltung verunmöglicht. Huber verwendet für diese Grundsätze wie auch für die ungeschriebenen Grundrechte den von Scheuner übernommenen Begriff der "Leitgrundsätze".

(326) Krüger, aaO, 192, 210; Saladin, Fairness, 43 ff.

(327) Beispiele: BRD: Rechtsstaatlichkeit - Rechtssicherheit - Verbot der Rückwirkung; CH: BV 4 als Grundlage für den Oberbegriff der "formellen Rechtsverweigerung"; vgl. oben mit Anm. (324) und (325).

(328) Krüger, aaO, 209; in ähnlicher Richtung zielt die Bemerkung Lerches, wonach die Determinierung des Verfassungsrechtes mit zunehmender Konkretisierung anwachse. Uebermass, 316, Anm. 3b, basierend auf Huber, ungeschriebenes Verfassungsrecht, 113.

(329) Schluep, Wirtschafts- und Sozialverfassung, 346; Coniades, Staatsstrukturbestimmungen, 116, mit Bezug auf die der Ewigkeitsgarantie unterliegende Sozialstaatsklausel: "Ganze Normensysteme können zur Konkretisierung der Staatsprädisierungen herangezogen werden

ergeben, wenn der Richter auf dem Wege des richterlichen Prüfungsrechtes, also ausschliesslich aus der Verfassung heraus, legiferiert (330). An die Stelle der Verfassung tritt unter Umständen eine Art authentischer Interpretation derselben, in deren Ausmass der politische Prozess suspendiert ist.

Es erscheint als wenig sinnvoll, zu den bisher aufgeführten Grundsätzen und Prinzipien, die deutsche Terminologie und das entsprechende Schrifttum mit ihren zusätzlichen Unterscheidungen auszubreiten (331).

Der Begriff Verfassungsgrundsatz ist für sich allein wenig aussagekräftig und eignet sich wegen seiner Konturlosigkeit schlecht zu einem rechtsvergleichenden Exkurs. Dagegen ist

(z.B. das gesamte Sozial- und Arbeitsrecht zur "Ausfüllung" der Sozialstaatsklausel), was dazu führt, dass das gesamte Verfassungsrecht über die der Verfassungsänderung entzogenen Staatsstrukturbestimmungen auf lange Sicht bis in letzte Einzelheiten zementiert wird".

(330) Krüger, wirtschaftspolitische Entscheidungen, 291 f.

(331) In diesem Sinne auch Saladin, Fairness, 77f; zum Ganzen etwa Krüger, Verfassungsgrundsatz, 187 ff.

auf das allgemeine rechtstheoretische Problem des Verhältnisses Grundsatz - Norm näher einzutreten (332).

cc. Allgemeine Rechtsgrundsätze und organisatorische
(Grund-)Prinzipien

Von den oben skizzierten Grundsätzen sind die sogenannten "allgemeinen Rechtsgrundsätze" abzugrenzen, deren Bedeutung sich auf die ganze Rechtsordnung erstreckt (333) und die teilweise im Privatrecht kodifiziert sind: Zu denken ist etwa an die Rechtsfindungs- und Beweislastregeln der Art. 1 und 8 ZGB (334). Sie werden ergänzt durch weitere Wortschöpfungen wie "allgemeine rechtsstaatliche Grundsätze" (335), "Grundgedanken unserer Rechtsordnung" (336) oder "principes généraux de la procédure administrative" (337), was die terminologische Unsicherheit erhöht.

In diesem Zusammenhang sind auch die organisatorischen(Grund-)Prinzipien zu erwähnen (338), von denen einige nicht ausdrücklich

(332) Vgl. 1. Teil/II.B.2.c.dd und 1. Teil/ II.B.5.b.

(333) Saladin, Fairness, 76; vgl. auch etwa Krüger, aaO, 194. Literatur: Wolff Hans J., Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen, Gedächtnisschrift für W. Jellinek, München 1955; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9.A., München 1974; Larenz K., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2.A., Berlin, 1969, 460 ff.

(334) Vgl. dazu Imboden/ Rhinow, Nr. 2 V, 11 ff; Nr. 74, 454 ff und die weiteren Beispiele bei Saladin, Fairness, 76.

(335) BGE 90 I 4.

(336) BGE 96 I 361.

(337) BGE 99 V 61.

(338) Grundsatz der Gewaltenteilung, Imboden/Rhinow, Nr. 63; Grundsatz der Gemeindeautonomie, Imboden/Rhinow, Nr. 12; Grundsatz der Gesetzmässigkeit, Imboden/Rhinow, Nr. 59; Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit. Neben organisatorischen Grundsätzen macht Saladin,

in der Bundesverfassung aufgeführt sind und die als unabdingbare Bestandteile des Rechtsstaates mit Ausnahme des Legalitätsprinzips dennoch die Qualität verfassungsmässiger Rechte besitzen (339).

dd. Unterschiede und gemeinsame Merkmale von Verfassungsgrundsätzen und Verfassungssätzen

Will man Gemeinsamkeiten zwischen den verschiedenen Arten von Prinzipien herausarbeiten, so ist zuvor das Verhältnis von Verfassungssatz zum Verfassungsgrundsatz zu klären:

aaa. Strukturelle oder materielle Verschiedenheit?

L a r e n z sieht den Unterschied nicht in einer blossen Differenz der Abstraktionshöhe (340), sondern darin, dass Prinzipien "einen spezifisch rechtlichen Gedankengehalt in sich bergen, der fähig ist, in verschiedene Normierungszusammenhänge ein-

Struktur und Stil, 228, auf einzelne Elemente der Kompetenzkataloge von Art. 85 und 102 BV aufmerksam, denen mehr als blosser Ausscheidungsfunktion zukomme, etwa den ausserpolitischen Grundsatz der N e u t r a l i t ä t.

(339) Saladin, Fairness, 79.

(340) Gestützt auf Betti, Allgemeine Auslegungslehre, 652 f; so auch Müller F., Normstruktur, 201 f. Dieses Kriterium steht bei der Grundsatz g e s e t z g e b u n g des Bundes ebenfalls zur Diskussion, etwa bezüglich der Ausführungen des in BV Art. 22 quater enthaltenen Auftrages. Prinzipiell dagegen Saladin, Rahmengesetzgebung, 515, 519; Pfisterer, Massnahmen auf dem Gebiete der Raumplanung, 19; Steinlin, Raumplanungskompetenzen, 120 ff; anders möchten Aubert/Jagmetti, Raumplanung, 146 f, dem Bund im Bereich der Raumplanung bloss das Setzen von Normen besonderer Abstraktionshöhe gestatten.

zugehen, verschiedene Rechtssätze oder eine rechtliche Regelung im ganzen geistig zu fundieren, und weil sie dementsprechend 'entwicklungsfähig' sind. ... Von einem 'Prinzip' wird man ohnehin nur so lange sprechen können, als dem bereits rechtssatzförmig formulierten Grundsatz ein über den rechtssatzmässig formulierten Grundsatz hinaus gehender, gleichsam 'überschiessender' Sinngehalt (341) innewohnt, der weitere Konkretisierungen als möglich erscheinen lässt" (342). Für Esser scheidet sich das Prinzip ebenfalls nicht durch grössere Abstraktheit von der Norm, dem Rechtssatz (343), sondern kennzeichnend ist die "Bestimmbarkeit der Anwendungsfälle" (344). Ausserdem ist die Rechtsnorm dem richterlichen Syllogismus zugänglich, da sie für einen bestimmten Fragenbereich eine verbindliche Weisung unmittelbarer Art enthält, d.h. der Rechtssatz ist der Form nach eine hypothetische Geltingsanordnung (345), während ein Rechtsprinzip die judizielle

- (341) Anders etwa im Bereich des anglo-amerikanischen Rechtskreises; vgl. den Hinweis bei Esser, 51; für diese Konzeption, welche überwiegend auf den Abstraktionsgrad abstellt, etwa Friedman, Legal System, 40 ff, bes. 41.
- (342) Larenz, Methodenlehre, 470; ähnlich Esser, Grundsatz und Norm, 51.
- (343) Dazu Larenz, Methodenlehre, 180 ff.
- (344) Esser, aaO, 51; Meyer-Cording, Rechtsnorm, 25, spricht ebenfalls von einem "unbestimmten, aber nach generellen Merkmalen bestimmbaren Adressatenkreis; Larenz, aaO, 468; ebenso Müller F., Normstruktur, 202, der sich bis in die Formulierung auf Esser, aaO, abstützt.
- (345) Larenz, aaO, 187; Friedman, Legal System, 40 ff, der aber von einer Differenz der Abstraktionshöhe ausgeht; vgl. oben innerhalb dieses Abschnitts; zum Themenkreis allgemein, 24 ff, 40 ff.

oder legislative Ausprägung solcher Weisungen verlangt (346). Der Rechtsgrundsatz als ratio legis vermag sich indessen innerhalb eines ableitungsfähigen Systems anhand des Einzelfalles selbst in eine Weisung zu verwandeln (347). In die gleiche Richtung zielt Krüger (348), der die Abgrenzung von Verfassungsgrundsatz und Verfassungssatz, also von Grundsatz und Norm, auf die Gegenüberstellung von apodiktischem und hypothetischem Urteil zurückführt. Nicht zu folgen ist ihm darin, dass die Verfassung als Programm und Plan grundsätzlich nicht in hypothetische Urteile gefasst werden könne (349), auch wenn der Grundsatz als apodiktisches Urteil in Verfassungsgebung und Verfassungsinterpretation an Bedeutung gewinnt (350). Die Verfassung einseitig als Programm und Plan zu verstehen, führt indessen zu einer Ueberbewertung des dynamischen Elementes, das die Verfassung auch enthält, das aber nicht dominiert.

Hervorzuheben ist also letztlich ein materieller Unterschied: Der Grundsatz enthält einen über den "jeweiligen Anwendungsbereich hinausgehenden allgemeinen Rechtsgedanken" (351), bedarf jedoch noch der "positiven Lösung bestehender Interessenkonflikte" (352). Man könnte auch sagen, der Verfassungsgrundsatz vermöge sich befruchtend und lenkend auf

(346) Formulierung in Anlehnung an Esser, aaO, 50; Larenz, aaO, 470, drückt sich um eine Nuance anders aus: Er sagt, dass das Prinzip früher oder später nach einer Anwendung über den Rechtssatz festgelegten Tatbestand hinaus dränge.

(347) Dazu Esser, aaO, 52.

(348) Verfassungsgrundsatz, 196).

(349) Krüger, aaO, 197 ff; derselbe, wirtschaftspolitische Entscheidungen, 291; tendenziell auch Ridder, verfassungsrechtliche Stellung, 9f.

(350) Dazu Saladin, Struktur und Stil, 233; für Krüger, Staatslehre, 699 f, enthält die Verfassung überhaupt nur apodiktische Urteile.

(351) Larenz, aaO, 468.

(352) Esser, aaO, 74.

den Rechtssatz auszuwirken, insbesondere bei dessen Interpretation.

Rechtsprinzipien haben jedoch nicht ausschliesslich den Charakter von "noch der näheren Ausgestaltung bedürftigen leitenden Rechtsgedanken" (353), sondern es sind auch Prinzipien zu erkennen, "die zu einem unmittelbar anwendbaren Muster verdichtet sind (und) daher die Funktion einer Norm haben"(354). Von da her erscheint es logisch, in struktureller Hinsicht zwischen "offenen" bzw. "informativen" (355) und "rechtssatzförmigen" bzw. "normativen" (355) Prinzipien eine nur typologische Differenzierung zu treffen: die beiden Typen unterscheiden sich lediglich graduell (356), gehen folglich fließend ineinander über (357). Mit Lerche (358)

(353) Larenz, aaO, 465; diese Unterscheidung sinngemäss auch bei Esser, aaO, 95, der die Abgrenzung von Prinzip und Rechtsnorm in der unmittelbaren Gültigkeit der letzteren erblickt.

(354) Larenz, aaO, 466; das wird auch von Esser, aaO, 94, eingeräumt, der in der Verdichtung zu positiven Rechtsnormen durch den Richter einen Akt echter Rechtsschöpfung erblickt. Das entspricht auch der von Esser, aaO, 52, beschriebenen "Mutierung" von der "ratio legis" zur "Weisung". A.M. Huber, Verhältnismässigkeit, 19. Heller, Staatslehre, 256, geht ebenfalls davon aus, dass "ethische Rechtsprinzipien mangels genügender Konkretion" nicht als unmittelbare richterliche Entscheidungsnormen Anwendung finden können.

(355) Esser, Grundsatz und Norm, 71 ff, 73 bzw. 75.

(356) Grimm, Verfassungsfunktion, 498; das bestätigt sich umso deutlicher, wenn man beobachtet, "wie wenig selbst Rechtsnormen traditionellen Inhalts unmittelbar subsumptionsfähig sind, sondern ihrerseits wieder nur den auf den Einzelfall passenden Entscheidungssatz programmieren".

(357) Die Bezeichnungen sind zu "Prinzip" und "Rechtsnorm" bei Esser etwa äquivalent.

(358) Lerche, Uebermass, 315 f; Larenz, aaO, 468.

vermag Larenz den Verfassungsdirektiven unmittelbaren Rechts-satzcharakter zuzuerkennen. Generell dürfte dies kaum richtig sein, was sich etwa am Beispiel des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes zeigt (359), der zumindest in der Erscheinungsform als Gebot der Erforderlichkeit und als Verhältnismässigkeit im engeren Sinn einer weiteren Konkretisierung bedarf.

bbb. Qualitative Verschiedenheit?

1. Richtigkeit ?

Gleichfalls steht die Frage der qualitativen Verschiedenheit von Verfassungsgrundsätzen und Verfassungssätzen zur Diskussion (360). Soll inhaltliche Verschiedenheit bedeuten, dass Verfassungsgrundsätze *r i c h t i g e r e s R e c h t* enthalten als Verfassungssätze, diesen also nur bedingte Richtigkeit zukommen würde, so ist eine solche Differenzierung innerhalb der Verfassung kaum zulässig (361). Sie liesse sich - durch welche Instanz auch immer - vor dem Willen des Verfassungsgebers nicht rechtfertigen. Ueberdies bietet sich keine Lösung an für den Fall, dass zwischen einem Verfassungsgrundsatz und einem Verfassungssatz ein Konflikt entstände. Die Konsequenz,

(359) "Konkretisierung durch eine Bewertung der zu vergleichen-
den Faktoren"; Larenz, aaO, 468, ebenso Zimmerli,
Verhältnismässigkeit, 23; Hotz, Notwendigkeit und Ver-
hältnismässigkeit, 75 f; Stern, Staatsrecht, 673; a.M.
Lerche, Uebermass, 316.

(360) So etwa Wolff, Verwaltungsrecht I, § 25/110 ff.

(361) Krüger, aaO, 201; ebenso Häfelin, Verfassungsgebung,
88 f; Grisel, Droits sociaux, 100; im Grundsatz auch Aubert,
Traité, No. 278; a.M. Kägi, Grundordnung, 61 f; Bri-
del/Moor, Hierarchie, 409 f.

in diesem Fall von der Nichtigkeit des Verfassungssatzes zu sprechen, hat jedenfalls auch das BVerG nicht gezogen (362). In der Schweiz wäre ohnehin nicht denkbar, dass der dem Grundsatz nicht konforme Verfassungssatz nicht angewendet würde (363), da das Bundesgericht an die in BV 113 III genannten Erlasse gebunden ist, sie also nicht überprüfen kann.

2. Reichweite

Ebensowenig ist ein Unterschied in der Reichweite zwischen Verfassungsgrundsatz und Verfassungssatz vertretbar, was für die BRD aus GG 100 folgt und sich allgemein - also für das schweizerische Verfassungsrecht - aus der Ueberlegung ergibt, dass die Bindung an die Verfassung keine Abstufungen erträgt (364). Die Reichweite ist allein insofern Ansatzpunkt für den Versuch einer Abgrenzung, als erstere einen bestimmenden Einfluss auf letztere ausüben vermögen, was die Auslegung beeinflussen wird.

(362) Krüger, aaO, 201, mit Hinweis auf BVerG 1, 14 ff (32). Das BVerG schliesst sich verbaliter der Meinung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes (Vf 52 - VII - 47) an, der aussagt: "Es gibt Verfassungsgrundsätze, die so elementar und so sehr Ausdruck eines auch der Verfassung vorausliegenden Rechts sind, dass sie den Verfassungsgeber selbst binden und dass andere Verfassungsbestimmungen, denen dieser Rang nicht zukommt, wegen ihres Verstosses gegen sie nichtig sein können".

(363) Zum Phänomen verfassungswidrigen Verfassungsrechts auch Noll, Gesetzgebungslehre, 105. Die Annahme der Nichtigkeit verfassungswidrigen Verfassungsrechts würde die oberste Entscheidungsgewalt vom Verfassungsgeber auf die Verfassungsgerichte verschieben.

(364) Krüger, aaO, 202.

ccc. Fazit

Insgesamt lassen weder Struktur noch Inhalt eine kategoriale, das heisst klare Abgrenzung zwischen Verfassungsgrundsatz oder Verfassungsprinzip und Verfassungssatz zu (365). Die aus BV 4 abgeleiteten und verwandten Prinzipien nähern sich grundsätzlich (366) eher den "rechtsatzförmigen Prinzipien" (367), während Rechts- und Sozialstaatsprinzip als Staatszielbestimmungen par excellence sowie die Staatszielbestimmungen der Bundesverfassung (368) eher "offene Prinzipien" darstellen. Aus der bloss typologischen Unterscheidung zwischen diesen beiden Arten von Prinzipien erklären sich die Schwierigkeiten, welche die Frage nach dem Normcharakter von Staatszielbestimmungen aufwirft (369).

(365) Krüger, aaO, 203; im Ergebnis gleich Larenz, aaO, 466 (fliessender Unterschied zwischen "rechtssatzförmigen und offenen" Prinzipien); wohl auch Saladin, Fairness, 70 ff; Grimm, Verfassungsfunktion, 497 f; Normativ und Programmatisieren unterscheiden sich nur dem Grade nach. Ueberhaupt in Frage gestellt wird die Unterscheidung von Huber, Probleme, 112, es seien alle Normen des materiellen Verfassungsrechts als richtunggebende Normen Rechtsgrundsätze.

(366) Dies gilt nur in vermindertem Ausmass für Rechtssicherheitsprinzip, Prinzip von Treu und Glauben und Verhältnismässigkeitsprinzip, Saladin, Fairness, 71.

(367) So Saladin, aaO, 71; Begriffe bei Larenz, Methodenlehre, 466.

(368) Vgl. hinten, 2. Teil.

(369) 1. Teil/II.B.2.c.dd.aaa. und bbb. sowie 2. Teil/I.C.

ee. Zur konkretisierenden Rolle der Gesetzgebung (370)

Die Natur der Rechtsgrundsätze, ganz besonders in Gestalt der "offenen" oder "informativen" Prinzipien, ordnet der Gesetzgebung herausragende Bedeutung zu, da sie auf die Denkanstösse und Aufforderungen antwortet, die in den Direktiven und Grundsätzen verankert sind. Derartige Programme geben eine Richtung, bezeichnen einen Weg und setzen gewisse Schranken oder Grenzen. Ihnen kommt grosse Bedeutung zu, soll die Verfassung nicht zu einem Superkodex allen Rechts entarten (371). Innerhalb dieses gegebenen, aber interpretationsbedürftigen Rahmens lassen sie den Gesetzgeber mit seiner Aufgabe allein. Insbesondere hat die Ausgestaltung des gesellschaftlichen Frei- raums gemäss den in den Grundrechten enthaltenen Ordnungs- prinzipien (372) durch die Gesetzgebung zu erfolgen.

Es wäre folglich verfehlt, die Gesetzgebung als Verfassungs- v o l l z u g zu betrachten (373). Die Lösung eines Zielkonfliktes

- (370) Vgl. dazu 1. Teil/ I.D.2. und bes. 3.. Ferner Schaumann, Auftrag des Gesetzgebers, 48 ff.
- (371) Huber, Verhältnismässigkeit, 19 f; gestützt auf Rupp, Wandel, 171, 174; vgl. dazu die bei der Behandlung der Verfassung als Wertsystem gemachten Bemerkungen (1. Teil/ I.C.2.f.aa.).
- (372) Siehe 1. Teil/I.C.2.c.aa. und bb.. Zum Sozialstaatsgrund- satz als Bestandteil einer Rahmenordnung vgl. Maunz, Dü- rig, Herzog, Scholz, 79/Rdn 169 zu GG Art. 20 (Bearbei- tung 1976)
- (373) Lerche, Verfassungsdirektiven, 349, 371; ebenso Scheu- ner, Grundgesetz in der Entwicklung, 364 ff; Krüger, wirtschaftspolitische Entscheidungen, 291 f; Häfelin, Verfassungsgebung, 118 ff; Müller G., Inhalt und For- men, 133; Müller, Grundrechte, 751 f; Saladin, Uner- füllte BV?, 314. Die von Saladin angeführten Begriffe "Ausschöpfung" und "Fruktifizierung" scheinen dem Ver- fasser im Gegensatz etwa zu "Ausführung" die hier ver- worfene Ansicht weder zu illustrieren noch zu präjudi- zieren, da sie gerade einen Hinweis auf die der Gesetz- gebung eigene kreative und als solche selbständige Kompo- nente enthalten.

beispielsweise, etwa zwischen zwei Programmen wie sie die Begriffe Sozialstaat und Rechtsstaat verkörpern, lässt sich nicht aus in der Verfassung vorgegebenen Entscheidung herausdestillieren (374). Das kritisierte Vollzugsdenken orientiert sich am Verwaltungsrecht und zieht Parallelen zwischen exekutivem Akt und gesetzgeberischer Tätigkeit (375), wobei es meist von der Verfassung als einem Wertsystem ausgeht.

Die Erfüllung des von der Verfassung gewährten Spielraumes ist der Gesetzgebung als Frucht politischen Krätemessens übertragen (376). Dabei ist als Besonderheit des schweizerischen Verfassungsrechts hervorzuheben, dass sich in diesem politischen System häufig das Bedürfnis nach differenzierter Regelung manifestiert (377): Durch das obligatorische Verfassungsreferendum findet eine Verlagerung materieller Regelungen vom Gesetz auf die Verfassung statt, was die Normdichte in der Verfassung im Durchschnitt erhöht. Referendumssichere, also detailliertere Formulierungen nehmen Entscheide, die eigentlich dem Gesetzgeber zukommen würden, vorweg (378), bewirken aber gleichzeitig dass die Verfassung "gleichsam alltäglich ins Volk verlegt" (379) erscheint.

(374) Lerche, aaO, 348.

(375) Lerche, aaO, 343 f, 366.

(376) So implizit auch Esser, Grundsatz und Norm, 76. Problematisch ist unter diesem Gesichtspunkt die richterliche Rechtsbildung, vor allem dort, wo es an elementarer Begrenzung und Zielsetzung fehlt (aaO).

(377) Müller G., Inhalt und Formen, 138 ff.

(378) Müller G., Inhalt und Formen, 139 f, 127. Dazu - überwiegend kritisch - Häfelin, Verfassungsgebung, 118 ff.

(379) Eichenberger, Verfassungsänderungen, 201; dazu auch Müller G., aaO.

3. Abgrenzung zur Präambel

a. Vorbemerkung

Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, rechtlichen Gehalt und Stellenwert der Präambel im Verfassungsgefüge umfassend darzustellen. Ein solches Vorhaben wäre einer eigenen Arbeit würdig. Vielmehr ist eine Auseinandersetzung mit der Präambel nur insoweit geboten, als zur Abgrenzung gegenüber den Staatszielbestimmungen notwendig. Dies erfordert, die prägnantesten Unterschiede herauszuarbeiten und allfällige gemeinsame Merkmale zu betonen.

b. Formelle Gesichtspunkte

aa. Die Präambel als Verfassungsbestandteil

Unbedenklich darf die Präambel zur Verfassung im formellen Sinn gerechnet werden, da sie sich in der Art ihres Zustandekommens nicht von anderen Verfassungsbestimmungen unterscheidet (380).

Nuancierter ist auf die Frage einzugehen, ob die Präambel auch Bestandteil des materiellen Verfassungsrechts sei. Eine bedeutende Lehrmeinung behauptet die rechtliche Unverbindlichkeit oder Unwesentlichkeit des Vorspruchs (381). Allerdings wird auch

(380) Vgl. 1. Teil/I.A.2.; bejaht etwa bei Steiner, Präambel, 428.

(381) Burckhardt, Kommentar, 1 f: "juristisch betrachtet lediglich den Charakter einer historischen Erzählung", "rechtliche Bedeutung hat aber diese Erzählung nicht"; Häfelin, Verfassungsgebung, 99; Aubert, Traité, No. 278; Schlö, 59 f; implizit Knapp, Droits sociaux, 349.

gegenteilig die Ansicht verfochten, die Präambel stelle den fundamentalsten Satz der ganzen Verfassung dar (382). Dabei gilt es zu bedenken, dass der Mangel an rechtlichem Gehalt nicht notwendig Bedeutungslosigkeit heissen muss (383).

Indiz mindestens für die Zugehörigkeit zur Verfassung bildet die Ueberlegung, dass es widersinnig wäre, wenn die rechtliche Grundordnung des Staates von einem "Nonvaleur" eingeleitet würde (384). Ausserdem ist davon auszugehen, dass die Verfassung grundsätzlich nicht Bestimmungen ohne jeden Rechtsgehalt birgt (385). Deshalb verdient die Ansicht Wilks Zustimmung, dass "alle auf Verwirklichung äusserer Gemeinschaftsordnung abzielenden Regelungen Rechtsregeln" darstellten, ganz gleich, wie diese Regeln formuliert seien (386).

Will man auch noch auf ein formal-rechtliches Kriterium zurückgreifen (387), so ist - trotz der fehlenden Bezifferung - die Präambel deshalb als integrierender Bestandteil der Verfassung

(382) Marti, Präambel, 3; Steiner, Präambel, 439; vgl. dazu auch Krüger, Verfassungsgrundsatz, 206; Huber, Auslegung, 6: "nicht rechtlich belanglose Deklamationen".

(383) Vgl. dazu hinten c.

(384) Zais, Präambel, 29, gestützt auf Krüger, in HDSW, Bd.II, 81; sinngemäss auch Wilk, Staatsformbestimmungen, 28.

(385) Bachof, Begriff und Wesen, 204; Müller F., Normstruktur und Normativität, 155 f, hält bezüglich Generalklauseln und Bestandteilen von Präambeln dafür, dass auch deren Formulierungen einen "konkretisierbaren oder zumindest für die Konkretisierung anderer Vorschriften verwertbaren Regelungswert" entfalteten. Bezüglich der Präambel auch Zais, aaO, 25; im Grundsatz auch Aubert, Traité, No. 278, der jedoch gerade die Präambel, BV 2, BV 31 bis I und 34 quinques I davon ausnimmt.

(386) Wilk, Staatsformbestimmungen, 27.

(387) Bezüglich des GG vgl. dazu Lehmann-Brauns, Präambel, 1 f. Anders SchlB, 60, argumentum e contrario.

zu begreifen, weil der Titel "Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft" sowohl Präambel als auch den eigentlichen Text miteinbezieht.

bb. Rückblick

Ein kurzer Blick auf die Abgrenzung zwischen Verfassungssätzen und Verfassungsgrundsätzen (388) macht deutlich, dass es sich bei der Präambel jedenfalls nicht um einen Rechtssatz im dort definierten Sinne handeln kann. Es bleibt somit die Frage zu untersuchen, ob der Verfassungsvorspruch strukturell bei den Verfassungsgrundsätzen einzuordnen ist oder aber eine Kategorie *sui generis* bildet.

cc. Struktur der Präambel - Abgrenzung zum Verfassungsgrundsatz

Präambeln sind durch ihre Formulierung in weit gefassten Begriffen charakterisiert, was sie auf den ersten Blick in Beziehung zu den Verfassungsgrundsätzen treten lässt. Mehr noch als Verfassungsprinzipien, "offene Grundsätze" (Larenz), sind Präambeln als Verkörperung allgemeinsten Rechtsgedanken zu betrachten (389).

(388) 1. Teil/II.B.2.c. und II.B.5.a.

(389) Auf den Begriff allein darf man sich indessen nicht verlassen: So enthält die Präambel der französischen Verfassung von 1946 "politische, wirtschaftliche und soziale Grundsätze", die zu einem grossen Teil dem entsprechen, was wir gemeinhin unter Sozialrechten verstehen. Vgl. dazu Mignon, *valeur juridique du Préambule*, 127 f: "... on y voit généralement des principes fondamentaux qui doivent inspirer tant l'action législative que celle du Gouvernement et de l'Administration", aaO, 130.

Ein Prinzip ("Anfangsgrund", "Grundlage") bezeichnet etwas, "was begrifflich im Gegensatz zu Vollendung und Abschluss steht, sowie zur vollendeten und formulierten Rechtsnorm" (390). In diesem Sinne sind Verfassungsgrundsätze "unvollendete Rechtsnormen". Das Prinzip drängt über den zur Anwendung an einen Tatbestand formulierten Rechtssatz hinaus (391); es ist nur soweit unmittelbar verbindlich, als es in einzelnen Normen Ausdruck gefunden hat, weshalb es unzutreffend wäre, das Verhältnis des offenen Prinzips zu einzelnen Normen dem Verhältnis von *lex generalis* zu *lex specialis* gleichzustellen (392). Während also Prinzipien oder auch Generalklauseln, die sich von Rechtsnormen bzw. rechtssatzförmigen Prinzipien (393) nicht kategorial, wohl aber graduell unterscheiden, Grund und Rechtfertigung einer rechtssatzförmigen Bestimmung, deren *ratio legis*, darstellen (394), ist die Präambel nicht zu einer konkretisierbaren Form verdichtet (395). A fortiori ist ihre rechtliche Erscheinung nicht subsumptionsfähig. Folglich gibt es gar keine "Anwendungsfälle" der Präambel, was sie sowohl von den offenen wie den rechtssatzförmigen Prinzipien

Neuerdings (seit der Entscheidung vom 16.7.1971) wird der Präambel bzw. den ihr entspringenden Grundsätzen der französischen Verfassung von 1958, die ihrerseits auf die Verfassung von 1946 sowie die Deklaration von 1789 Bezug nimmt, Verfassungsrang zuerkannt. Dazu Ress, Conseil Constitutionnel, 121 ff, bes. 148 ff; Roche, Kontrolle, 329 ff, bes. 331.

(390) Betti, Auslegungslehre, 649.

(391) Larenz, Methodenlehre, 470.

(392) Larenz, aaO, 471.

(393) Vgl. dazu oben II.B.2.c.

(394) Esser, Grundsatz und Norm, 51 f; Larenz, aaO, 471.

(395) Für das GG der Bundesrepublik Deutschland lässt sich diese These nicht durchwegs aufrechterhalten (Wiedervereinigungsgebot!); Vgl. Krüger, Verfassungsgrundsatz, 206 und die Anmerkung unter Anm. (389).

oder gar den Rechtsnormen im engeren Sinne unterscheidet. Ebenso wenig ergibt sich bei näherer Betrachtung eine Differenz der Abstraktionshöhe, einem Kriterium, das, wie gezeigt wurde, auch bei der Abgrenzung von Rechtsprinzipien und Rechtsnormen versagt.

Demnach sind Präambeln als Verfassungsbestimmungen *su i g e n e r i s* (396) zu klassifizieren, wobei ihr rechtlicher Gehalt vorderhand offen bleiben muss. Er dürfte sich erst aus der Beurteilung der Funktion und des materiellen Gehaltes ergeben.

c. Funktion und Inhalt

Der Präambel liegt ein die staatliche Einheit integrativ fixierender Gedanke (397) zugrunde, der das ganze Verfassungsgebäude gleichsam überdacht: Die Bundesverfassung proklamiert unter Anrufung Gottes des Allmächtigen (398) die Eidgenossenschaft als Nation in "Einheit, Kraft und Ehre".

(396) Wohl auch Hesse, Grundzüge, 49, der die Präambel als nicht zum normativen Teil der Verfassung gehörend aber gleichwohl unmittelbar rechtliche (?) Bedeutung entfaltend betrachtet. Anders Wilk, Staatsformbestimmungen, der zwischen "mittelbaren Staatsformbestimmungen", zu denen er etwa auch BV Art. 2 zählt, und Präambeln keinen Unterschied macht. Vgl. S. 60 ff, bes. Anm 189 und 200.

(397) Wilk, Staatsformbestimmungen, 29 ff; 58 ff, bes. 59.

(398) Dazu etwa: Saladin, Zur Herleitung der Präambel; Fleiner, die rechtliche und staatspolitische Bedeutung der Präambel unserer Bundesverfassung; Rich, Theologische Erwägungen zur Präambel der Schweizerischen Bundesverfassung; Müller A., Zur Präambel der Bundesverfassung: Theologische Erwägungen; alle in Reformatio 25, 1976, 15 ff.

In diesem Punkt unterscheidet sich das Grundgesetz der Bundesrepublik beträchtlich von der Bundesverfassung. Das Grundgesetz hat aber ohnedies als Spezialfall zu gelten, unter anderem weil es ursprünglich als Uebergangslösung betrachtet wurde, und deswegen die Wiedervereinigungsproblematik ganz konkret ausgesprochen wird. Die Präambel des Grundgesetzes lässt sich in verschiedene Teilinhalte auffächern, die sich nach ihrer rechtlichen Erheblichkeit unterscheiden (399).

Mit der Präambel soll die Verfassung auf ein in langer Tradition begründetes Fundament gestellt werden (400), wobei durch den Namen Gottes wenigstens heute keine (401) christliche Wertordnung mehr evoziert werden soll. Vielmehr liegt ihr Sinn darin, dem Staat einen bloss begrenzten Wirkungskreis zuzuerkennen und jeglichem Anspruch auf Omnipotenz im vornherein den Wind aus den Segeln zu nehmen. Von da her ist die Basis gelegt, auf dem unser Staats- und Verfassungsverständnis ruht, welches dem Individuum einen unantastbaren Kernbereich der Freiheit und Menschenwürde zubilligt. Darin wird, - nebst der Wahrung der Kontinuität-, Sinn und Begründung dafür liegen, dass die selbe Formel in den Vorentwurf zur Totalrevision der Bundesverfassung aufgenommen wurde (402). M.E. wäre dies allerdings auch auf andere Weise möglich gewesen, und man hätte zum vornherein jeglichen Schatten bekenntnishafter Färbung aus der künftigen Verfassung verbannen können. Das ist hier nicht der Fall, auch

(399) Lehmann - Brauns, aaO, 87 (Thesen 1. und 2.)

(400) Anstatt vieler, SchlB, 59; Saladin, aaO (Anm. 398), 18.

(401) Entgegen SchlB, 59; Marti, Präambel, 3; gl. M. wie im vorliegenden Text; Zais, Präambel, 128 ff, 130; Lehmann - Brauns, Präambel, 76; beide bezüglich des GG.

(402) VEB, 18.

wenn die Anrufung Gottes nach den Vorstellungen der Kommission nur Wertvorstellungen ausdrücken soll, "deren Herkunft aus einem christlichen Verständnis von Staat und Gesellschaft erkennbar ist, die aber darüber hinaus heute als Gemeingut säkularisierter Humanität gelten können" (403).

Die Präambel der geltenden Bundesverfassung bildet - trotz ihrer eigenen Rechtsnatur - insofern ein **L e i t p r i n z i p** (404) oder eine **Z i e l f o r m e l** (405), als sie wahrhaft grundlegende Werte proklamiert, namentlich direkt den Bestand (Einheit, "Kraft") der Eidgenossenschaft beschwört. Diesen Grundsatz nimmt der Zweckartikel wieder auf und schafft so neben der formellen Einheit von Präambel und Verfassungstext auch eine Brücke materieller Natur.

d. Rechtliche Würdigung

Grundlage der folgenden Ueberlegungen ist der Gedanke, die Verfassung enthalte kein Nicht-Recht (406). Innerhalb des breiten Spektrums, das die Verfassung bietet, ist jedoch

(403) VEB, 19.

(404) Marti, Präambel, 6; bezüglich der Präambel des VE wurde richtig gesagt, sie solle "vor allen Paragraphen die Grundabsicht ihrer Verfasser bezeugen; das Konzept aus dem sich ihr ganzes Gefüge überhaupt rechtfertige"; NZZ Nr. 155, 17 Juli 1978, 29.

(405) Hesse, Grundzüge, 49, bezüglich des GG. Die Zielrichtung ist hier noch aussagekräftiger, da konkret die deutsche Wiedervereinigung und die europäische Einigung angesprochen werden. Bezüglich der neuen Verfassung des Kantons Aargau (abgelehnt am 29. April 1979) Bericht KVE/AG, 19.

(406) Diese Auffassung lässt sich wohl auch aus den Ausführungen bei Müller G., Inhalt und Formen, 134 f., ableiten.

der Rechtsgehalt der Präambel - anders als ihre Bedeutung - eher dürftig (407). Allerdings ist von der weiten Fassung der in der Präambel liegenden Aussage ebenso wenig zu schliessen, sie besitze einen geringen oder überhaupt keinen Normativgehalt (408), wie sich aus einem unbestimmten Gesetzesbegriff ein Ermessen ergibt (409). Die Exaktheit der Aussage "sagt etwas über die inhaltliche Bestimmtheit aus, jedoch nicht über ... den rechtlichen Gehalt" (410). Vor allem in der deutschen Doktrin wird betont, die Bedeutsamkeit einer Aussage dürfe nicht mit deren rechtlicher Verbindlichkeit verwechselt werden (411).

Selbstredend liegt in der Präambel der Bundesverfassung keine Kompetenz für die Ableitung von Rechtsetzungsformen unterer Stufe oder von subjektiven Rechtsansprüchen. Im Sinne einer Interpretationshilfe ist sie nur insofern zu gebrauchen, als

- (407) VEB, 19, normativ gesehen "schwächster Punkt der Verfassung; Kopp, Inhalt und Form, Bd. II, 354, spricht bezüglich der Anrufung Gottes von Nichtnormgesetz oder Nichtnorm, räumt dann aber ein (aaO, 626), dass diese der Präzisierung der Wertgrundlagen dienen und schliesst hieraus, "dass im Zweifel der Normcharakter eines Satzes, der in ein Rechtssystem aufgenommen wurde, zu bejahen ist; denn es ist ja der unzweifelhafte Telos jeder legislatorischen Tätigkeit, dass gestaltet - und zwar regelmässig durch Normsetzung gestaltet -, und nicht bloss beschrieben oder deklariert oder vielleicht geschwätzt wird". Vgl. dazu auch 628 ff. Aehnlich Zais, aaO, 24; Vgl. auch Anm. (413) hiernach.
- (408) Zais, Präambel, 18, 49 f; Lehmann-Brauns, Präambel, 14.
- (409) Vgl. dazu Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 66, B.
- (410) Zais, aaO, 50; Müller F., Normstruktur, 63: "Gelten ist am wenigsten im Verfassungsrecht mit judizieller Anwendbarkeit im Einzelfall gleichzusetzen".
- (411) Zais, aaO, 30.

Verfassungsnormen im Rahmen der gesamten Verfassungsordnung zu verstehen sind (412). Sie vermag folglich mittelbar (413) als Fundamentalprinzip dieser Ordnung eine Wirkung zu entfalten.

Davon abgesehen sichert die Präambel das Individuum gegen einen totalen Machtanspruch des Staates (414), sollte etwa unter dem Einfluss einer falsch verstandenen Tendenz zur Demokratisierung der absolute Herrschaftsanspruch der Mehrheit postuliert werden (415). Dies wirft die Frage auf, ob die Präambel in dieser Hinsicht nicht als eine allfällige materielle Schranke der Verfassungsrevision zu betrachten wäre (416).

Ein Beizug bei der Auslegung der Glaubens- und Gewissensfreiheit scheint m.E. nicht opportun, weil eine klar fassbare Unterscheidung zwischen der plakativen Religiosität der Evolution Gottes und dem dahinter verborgenen, allein relevanten Hinweis auf die Beschränktheit staatlicher, und folglich menschlicher Macht fehlt (417).

(412) Auch Lehmann - Brauns, Präambel, 80.

(413) Von bloss "mittelbarer Wirkung" spricht auch Kopp, aaO, 634, in seiner Zusammenfassung der Nichtrechtsproblematik; Zais, aaO, 24, verwendet den Begriff der Nur-Auslegungsnorm. Die Wirkung wird von Lehmann-Brauns, aaO, 29, ähnlich beurteilt.

(414) Helbling, Der Sinn der Präambel, 15 f.

(415) Auch Fleiner, Bedeutung der Präambel, 28, der aus dieser Ueberlegung das Widerstandsrecht einer Minderheit gegen eine totalitäre Mehrheit ableitet.

(416) Das Problem sei hier nur aufgezeigt, es kann im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter verfolgt werden.

(417) Grundsätzlich anders, Fleiner, Bedeutung der Präambel, 25; Marti, Präambel, 6 ff, der soweit geht, der Religionsfreiheit, gestützt auf die Präambel, einen höheren Rang beizumessen als den anderen Freiheitsrechten.

4. Zielbestimmungen und Kompetenzbestimmungen

a. Ausgangspunkt: Kompetenzverteilung im Bund

Namentlich Kompetenzbestimmungen können Zielnormen enthalten, die im Gegensatz zu den eigentlichen Staatszielbestimmungen nicht als grundlegende Richtpunkte oder Leitlinien des gesamten staatlichen Wirkens ausersehen sind. Dabei stellt sich generell die Frage, ob in der Verfassung verankerte Zuständigkeiten immer eo ipso auch **A u f t r ä g e** an den Gesetzgeber enthielten. Das würde bedeuten, dass letztlich jede Kompetenznorm immer etwas von einer Zielbestimmung in sich trüge.

Ausgangspunkt für die Betrachtung sei die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen, die sich aus der Regelung in BV 3 ergibt (418). Die Konzeption, die Art. 3 zugrunde

(418) Die Kompetenzausscheidung im Grundgesetz ist hier nicht im Detail zu verfolgen, doch ist ein ergänzender Hinweis auf dessen Kompetenznormen mit zielgerichteter Tendenz angebracht: Es handelt sich um GG 74 Z. 13 mit 91b (Förderung der wissenschaftlichen Forschung), 74 Z. 16 (Kartellaufsicht), 74 Z. 17 (Förderung der Land- und fortwirtschaftlichen Erzeugung), 74 Z. 19a (Sicherung der Krankenhäuser), 87a (Verteidigung), 74 Z. 11 mit 109 IV (Wirtschaftslenkung).
Liste bei Scheuner, Staatszielbestimmungen, 344/5; vgl. auch Saladin, Struktur und Stil, 230 f.

Scheuner zieht für die Begründung insbesondere den Wortlaut heran (344). Dieses Vorgehen ist bei den Kompetenzbestimmungen der BV jedenfalls unzulässig. Das gilt vor allem für die Qualifizierung einer Bestimmung als eine der verschiedenen Arten von Kompetenznormen ausschliesslich aufgrund ihres Wortlautes. Dazu Müller, Grundrechte, 751 f, Anm. 158, 756. Gl. M. Saladin, Struktur und Stil, 229, bes. auch Anm. 37: Verpflichtungen zum Tätigwerden können auch in indikativischer Form niedergelegt sein (Art. 24 septies BV). Hinsichtlich der **S t a a t s z i e l b e s t i m m u n g e n** ähnlich

liegt, verlangt die Enumeration der Bundeskompetenzen in der Verfassung; Art. 3 BV ist ein Vorbehalt zu Gunsten der Gesetzgebungskompetenzen der Kantone (419). Im vorliegenden Zusammenhang ist es entscheidend, wie man Kompetenznormen und Gesetzgebungsaufträge zueinander in Beziehung setzt. Das wiederum spitzt sich auf die Frage zu, ob man verschiedene Arten von Kompetenznormen unterscheidet, und wenn ja, in welcher Gliederung.

b. Kompetenznormen ohne Zielindikatoren und materielle Aufträge

Zunächst ist festzustellen, dass die Kompetenznormen sich einerseits nach Sachmaterien und Zielsetzungen, andererseits nach Rechtsstrukturen (420), d.h. der rechtstheoretischen Unterscheidung zwischen Normen des privaten und des öffentlichen Rechts, also einem formalen Kriterium, abgrenzen lassen.

Von einfachen Kompetenznormen sprechen wir dann, wenn die Bestimmungen keine inhaltliche Kriterien oder Ziele indizieren, die es zu erreichen gilt. In diese Kategorie fallen vor allem BV 64 und 64 bis (421).

Contiades, Staatsstrukturbestimmungen, 102; Weisel, Sozialstaatsgrundsatz, 15, Anm. 12 mit Bezugnahme auf Heller, Staatslehre, 261.

(419) Anstatt vieler: Fleiner/Giacometti, 65 ff; Froesch, Kompetenzverteilung, 65 ff; Aubert, Traité, No. 611 ff.

(420) Huber, Formenreichtum, 189; im Anschluss daran auch Müller, Grundrechte, 749 f; "Ordnungskriterien" bei Saladin, Struktur und Stil, 226; Hangartner, Kompetenzverteilung, 96 ff; in Frage gestellt neuestens bei Gygi, Rechtsetzungszuständigkeit, 343 ff.

(421) Dazu Müller, Grundrechte, 752.

c. Die Unmöglichkeit kategorialer Abgrenzungen innerhalb der Kompetenznormen

Der erste Teil der Bundesverfassung zeichnet sich im ganzen gesehen dadurch aus, dass eine Vielzahl von weiteren Kompetenzbestimmungen in irgend einer Weise materielle Direktiven und Aufträge (422) an den Gesetzgeber richten und seien es auch nur die Anweisungen, sich auf Grundsatzgesetzgebung zu beschränken (423), oder Hinweise auf organisatorische Mittel (424).

Ohne eingehende Untersuchung der einzelnen Bestimmungen dürfte es schwer fallen, eine klare Unterscheidung zwischen Gesetzgebungsaufträgen und Kompetenznormen nach Art der in ihnen enthaltenen materiellen Direktiven zu treffen (425), weil ihr Wortlaut oft eher zufällig entstanden ist (426) und

- (422) Vgl. dazu Müller, aaO, 753 f; Saladin, Struktur und Stil, 225; Bsp: 24 quinquies II, 24 septies I, 24 bis I und II, 25 bis II, 29 I, 34 bis I, 34 quinquies IV, 36 bis I, 34 sexies, 34 quater II und III.
- (423) Etwa Art. 24 bis I oder 42 quinquies II; dazu Steinlin, Raumplanungskompetenzen, 91 ff; Saladin, Rahmengesetzgebung, 508 ff.
- (424) Häfelin, Verfassungsgebung, 90; Bsp. BV Art. 34 bis, 34 quater.
- (425) Trotz des Versuches, systematisierend an den verschiedenen Kategorien festzuhalten im Ergebnis auch Youssef, aaO, 75. Ebenso Müller G., Inhalt und Formen, 127.
- (426) Saladin, Unerfüllte BV?, 328f; derselbe, Struktur und Stil, 229; derselbe, Rahmengesetzgebung, 520, spricht von "terminologischer Unbekümmertheit"; Müller, Grundrechte, 756; Ausnahmen im Sinne von Gegenbeispielen bei Häfelin, Verfassungsgebung, 97 ff; so generell gegenüber "Verfassungsvorschriften" Müller G., Inhalt und Formen, 140.
- Gar keine Bedeutung kommt dem Umstand zu, dass sich die Verfassungssprache meist des Indikativs für ihre Anweisungen bedient (Saladin, aaO, 229). Zu diesem Phänomen allgemein auch Contiades, aaO, 102 f.

nur beschränkt als Richtlinie für die Interpretation herangezogen werden kann. Dies gilt insbesondere für jene Fälle, in denen trotz einer blossen Kann-Vorschrift "doch der Hinweis auf ein Regelungsbedürfnis (liegt) und damit ein stärkerer oder schwächerer Auftrag an den Gesetzgeber zu entsprechendem Handeln umschrieben" wird (427). Deshalb ist die Bedeutung von Kompetenzbestimmungen im Einzelfall durch *A u s l e g u n g* zu ermitteln (428). Das gilt sowohl hinsichtlich der Tragweite als auch für die Frage, ob die Kompetenzbestimmung in imperativer Form nach der Regelung eines bestimmten Problemkreises verlangt. In bezug auf den Wortlaut kann man jedoch grundsätzlich eine Gruppe von Bestimmungen fixieren, in denen, unabhängig davon, ob sie eine Orientierung auf ein bestimmtes Ziel hin andeuten oder nicht, von einer *E r m ä c h t i g u n g* (429) des Bundes die Rede ist, im Gegensatz zu anderen, in denen innerhalb der Kompetenzvorschrift ausdrücklich gewisse zielgerichtete *A u f t r ä g e* (430) verankert sind.

(427) Müller, Grundrechte, 753; Beispiele bei Saladin, Struktur und Stil, 226; bzw. 229. Ebenso Saladin, Föderalismus, 419.

(428) So Häfelin, Verfassungsgebung, 97 f mit Beispielen für den imperativen Charakter von Kompetenznormen: 22 quater, 24 septies; ebenso Müller, Grundrechte, 756; Saladin, Rahmengesetzgebung, 520. Vgl. dazu, insbesondere unter dem Aspekt der Ausgestaltung der gesetzlichen Normierung, Müller G., Inhalt und Formen, 127 ff.

(429) BV Art. 42 quater, 24 quater, 27 ter I, 34 I / 34 ter, 34 septies, 24 sexies III und IV, 27 I, 31 quater, 69, 69 bis.

(430) Vgl. vorne Anm. (422).

d. Kompetenzbestimmungen und Zielformulierungen

Wenn auch die Formulierung von Kompetenznormen oft nicht schlüssige Anhaltspunkte vermittelt, so ist doch eine Verlagerung in der Technik der Verfassungsgebung von der Zuständigkeitsbestimmung mittels Nennung einer Materie auf eine solche, die sich *Z i e l f o r m u l i e r u n g e n* bedient, unverkennbar (431). Diese Tendenz schlägt sich in zielgerichteten Kompetenzzuweisungen, Gesetzgebungsaufträgen oder Leitgrundsätzen (432) nieder.

Als solche stehen etwa die folgenden Bestimmungen im Vordergrund: 22 quater ("Der Bund stellt ... Grundsätze auf für eine ... der zweckmässigen Nutzung des Bodens ... dienende Raumplanung"), 24 sexies II ("Der Bund hat in Erfüllung seiner Aufgaben das heimatliche Landschafts- und Ortsbild ... zu schonen und, wo das allgemeine Interesse überwiegt, ungeschmälert zu erhalten"), 27 sexies ("Der Bund fördert die wissenschaftliche Forschung"), 31 bis III ("... Vorschriften zu erlassen: a. zur Erhaltung ...; b. zur Erhaltung ...; c. zum Schutze... etc."), 31 quinques I ("Der Bund trifft Vorkehren für eine ausgeglichene konjunkturelle Entwicklung, insbesondere zur Verhütung und Bekämpfung von Arbeitslosigkeit und Teuerung"), 34 quater ("Der Bund trifft Massnahmen für eine ausreichende Alters-, Hinterlassenen-

(431) Müller, Grundrechte, 756; ebenso Saladin, Struktur und Stil, 225 f, 227; Saladin, Rahmengesetzgebung, 518; Schmid, Offenheit und Dichte, 319 f; vgl. dazu die Richtlinien der Gesetzgebungstechnik, Ziff. 621.

(432) So die Terminologie bei Häfelin, Verfassungsgebung, 96, die auf Scheuner zurückgeht. Hangartner, Kompetenzverteilung, 118 f, spricht von "Zuweisung von Bundeskompetenzen nach Staatsprogrammen".

und Invalidenfürsorge"), 34 quinquies I (433) ("Der Bund berücksichtigt ... die Bedürfnisse der Familie"), 34 sexes I ("Der Bund trifft Massnahmen zur Förderung, besonders auch zur Verbilligung des Wohnungsbaus ..."), 36 bis Satz 1 ("Der Bund wird ... Einrichtung und Benützung eines Netzes von Nationalstrassen sicherstellen"), 42 ter ("Der Bund fördert den Finanzausgleich unter den Kantonen"), sowie 42 quinquies I ("Der Bund sorgt ... für die Harmonisierung der ... Steuern").

Es fällt auf, dass es sich bei diesen zwar relativ weit gefassten, aber doch auf eine Sachmaterie begrenzten Zielen zu einem grossen Teil um sozialpolitische Anliegen im weitesten Sinne handelt. Das ist wohl kaum ein Zufall, handelt es sich doch hier um Materien, die nicht auf einen Schlag einer abschliessenden Regelung zugänglich sind, sondern - mehr als in andern Rechtsgebieten - in besonderem Mass der dauernden Anpassung an die sich wandelnden sozialen Verhältnisse unterliegen.

Die Wandlung unseres Staatswesens zum ordnenden und gestaltenden Leistungsstaat, als deren pointierten Ausdruck wir das institutionell-konstitutive Grundrechtsverständnis (434) gewürdigt haben, verlangt nach einer Verfassungssprache, einem Verfassungss t i l , der sowohl generelle als auch sachspezifische Ziele setzt (435). Allerdings wird von der Lehre die normative Lenkungskraft von Zielbestimmungen grundsätzlich geringer bewertet als diejenige von Kompetenzbestimmungen,

(433) Grisel, Droits sociaux, 113 f, dagegen sieht in Abs. I von Art. 34 quinquies sowohl eine programmatische Bestimmung als auch eine institutionelle Garantie.

(434) Siehe vorne, 1. Teil/I.C.2.c..

(435) Dazu richtig und deutlich Saladin, Struktur und Stil, 231 f.

die ausdrücklich einen Gesetzgebungsauftrag enthalten (436). Damit verbunden ist die Furcht vor einer Verminderung der rechtsstaatlichen Substanz der Verfassung (437).

e. Zusammenfassung

Die am Anfang unter Abschnitt c. gestellte Frage nach der Unterscheidung von Ziel- und Kompetenzbestimmungen sowie von Ermächtigungen lässt sich im wesentlichen dahingehend beantworten, dass eine kategoriale Unterscheidung n i c h t besteht (438). Die Differenzen zwischen ermächtigenden und verpflichtenden (zielgerichteten) bzw. fakultativen und obligatorischen (imperativen) Kompetenznormen (439) sind also "höchstens quantitativer und nicht qualitativer Natur" (440). Das zeigt sich deutlich an den Beispielen der Art. 33 II (441), 34 quinquies IV, 46 II und 49 VI: Die dort enthaltenen verpflicht-

- (436) Allgemein skeptisch gegenüber Zielbestimmungen Huber, wirtschaftspolitische Ziele, 23, 30, 36; ähnlich Youssef, Konjunkturpolitik, 74 f; Müller G., Inhalt und Formen, 137, zieht ebenfalls in der Regel "sachbezogene, materienspezifische Zielsetzungen" allgemeinen Zielnormen vor. Allerdings steht die Befürwortung einer "Vielfalt von Normtypen" bzw. einer Differenzierung der Normstrukturen (aaO, 134 f, 138) dazu in einem gewissen Gegensatz.
- (437) Wohl eher auf eigentliche S t a a t s zielbestimmungen bezogen Häfelin, Verfassungsgebung, 102; Youssef, aaO, 74, bezieht sämtliche Zielbestimmungen ein, gestützt auf Huber (Anm. (436)).
- (438) Saladin, Struktur und Stil, 228 f; Steinlin, Raumplanungskompetenzen, 88.
- (439) Ein Beispiel für diese Unterscheidung findet sich in der Botschaft des Bundesrates zum Umweltschutzartikel der BV, 24 septies, vom 6.5.1970, BBl 1970 I 771/776.
- (440) Müller, Grundrechte, 900; zustimmend Youssef, Konjunkturpolitik, 72.
- (441) Einzig für Medizinalpersonal wurden eidgenössische Fähigkeitsausweise geschaffen.

tenden Gesetzgebungsaufträge zeigten nicht mehr Durchsetzungskraft als Normen, die bloss als Ermächtigung formuliert sind. Im Gegenteil, sie wurden bis heute nicht verwirklicht (442).

Häfelin ist darin zu folgen, dass jegliche staatliche Kompetenz "im weiteren Sinn" mit einem Auftrag verbunden sei (443). Darin wären also auch die sogenannten einfachen Kompetenznormen eingeschlossen. Inkonsequent wird jedoch gleich anschliessend gesagt, "es würde zu einer Ueberdehnung des Begriffes führen, in jeder Kompetenzübertragung auf den Bund deshalb einen Gesetzgebungs a u f t r a g zu erblicken, weil mit ihr ein Tätigwerden des Bundes erwartet (444) werde. - Der Kompetenznorm kommt ganz generell auf ihrem Sachgebiet ein Appellcharakter zu (445), denn der Bund trägt in jedem Fall die Verantwortung dafür, dass die in der Verfassung gesteckten Ziele verwirklicht werden (446).

(442) Allgemein zum Unterschied zwischen negativer Bindung an die Grenzen der eigenen Kompetenzen oder die Grundrechte und der - schwächeren - positiven Bindung durch den Verfassungsauftrag: Noll, Gesetzgebungslehre, 104. Das Verhalten des Gesetzgebers unterliegt der allgemeinen Regel, dass eine "normative Bindung umso schwächer ist, je geringer die Wahrscheinlichkeit und Schwere einer Sanktion" (aaO). Zur Effektivität des Rechts bzw. der Funktion von Sanktionen vgl. auch Friedman, Legal System, 28 f, 69 ff, bes. 82 ff.

(443) Häfelin, Verfassungsgebung, 97

(444) Häfelin, aaO, 97.

(445) Müller, Grundrechte, 900; Saladin, Struktur und Stil, 228 f; derselbe, Entwicklungshilfe, 126; derselbe, Un-erfüllte BV?, 329; ähnlich Steinlin, Raumplanungskompetenzen, 88 f; a.M. Häfelin, aaO, 89 f, 97; gefolgt von Youssef, Konjunkturpolitik, 73.

(446) Saladin, Struktur und Stil, 229 f.

5. Einordnung des Begriffs Staatszielbestimmung

a. Staatszielbestimmung als Verfassungsgrundsatz

Mit Scheuner (447) empfiehlt es sich, den Terminus Verfassungsgrundsatz (Verfassungsprinzip) derart weit, offen zu fassen, dass er sowohl die Begriffe "Leitgrundsatz", "Staatszielbestimmung" und "Verfassungsdirektive" in sich aufzunehmen vermag: Der Verfassungsgrundsatz als Oberbegriff ist also weder auf den status quo festigende Grundentscheidungen noch auf eher in die Zukunft gerichtete Grundsätze ausgerichtet. Als ein Grundsatz mehr statischer Natur wird gemeinhin das Rechtsstaatsprinzip angesprochen, doch ist gerade dieser Vorstellung gegenüber eine gewisse Skepsis am Platz, macht man sich den programmatischen Gehalt auch dieses Prinzips bewusst (448). Ganz generell besteht nämlich die Gefahr, dass Ziele oder Leitbilder zu sehr die Vorstellung vermitteln, man könne bestimmte Zustände erreichen, die tatsächlich aber so konstruiert sind, dass das gestellte Problem sich nie als definitiv gelöst erweist (449). Die Verwirklichung eines dem Ideal der Gerechtigkeit soweit als möglich angenäherten Staates ist eine Aufgabe, die nichts Starres an sich hat, da sie sich nur in Auseinandersetzung mit der gesellschaftlichen Realität bewältigen lässt.

(447) Scheuner, Staatszielbestimmungen, 334/342.

(448) So Lerche, Verfassungsdirektiven, 348; dem Sinne nach auch Bachof, Begriff und Wesen, 203; Müller, Grundrechte, 824, wo es bezüglich des Sozial- und Rechtsstaates heisst, sie seien "auf das nämliche Ziel des modernen Gemeinwesens schlechthin ausgerichtet: Herstellung und Sicherung einer gerechten, vor allem auch sozial gerechten Gesellschaftsordnung".

(449) Noll, Gesetzgebungslehre, 82 ff, 85.

Ausserhalb des beschriebenen Kreises stünde nur noch die "wertentscheidende Grundsatznorm", die vom Bundesverfassungsgericht kreiert und in einem - allerdings ungeklärten (450)-Verhältnis zum Verständnis der Grundrechte als einem Wertsystem steht.

Als Fazit ist also festzuhalten: Staatszielbestimmungen sind Verfassungsgrundsätze (451) im Sinne der "offenen Prinzipien" (452). Folglich ist es jedenfalls unzulässig, ihnen jeglichen normativen Gehalt abzusprechen und sie als blossе Deklarationen oder überflüssiges Rankenwerk innerhalb der Verfassung zu (dis)qualifizieren (453).

b. Abgrenzung der Staatszielbestimmungen von den zielgerichteten Kompetenznormen

Ohne Zweifel besteht zwischen den eigentlichen Staatszielbestimmungen und den zielgerichteten Kompetenznormen eine starke innere Verwandtschaft, die eine genaue Unterscheidung nicht erleichtert. Besonders deutlich wird dies am Beispiel des sogenannten Wohlfahrtsartikels (BV 31 bis I), der in Abs. 3 im Hinblick auf spezielle Staatsaufgaben zielge-

(450) Vgl. vorn, 1. Teil/I.C.2.f.aa..

(451) Für die Sozialstaatsklausel statt vieler etwa Abendroth, Begriff, 116; Ipsen, Grundgesetz, 23; Scheuner, Staatszielbestimmungen, 341 ff; Krüger, Verfassungsgrundsatz 192 ff.

(452) Larenz, Methodenlehre, 466; vgl. vorn, 1. Teil/II.B.2.c.dd.aaa.

(453) Vgl. dazu 1. Teil/II.B.3. ("Präambel"), der sich der deklaratorischen Bestimmungen innerhalb der Verfassung annimmt.

richtet konkretisiert ist (454). Dabei handelt es sich nur um eine Form der Gesetzgebungsaufträge, während eigentliche S t a a t s zielbestimmungen "allgemeine Ziele oder Aufgaben umschreiben und dem Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum offen lassen"(455). Charakteristisch jedoch ist die Ausrichtung auf die gesamte staatliche Aktivität. Das wird besonders deutlich, wenn man sich als Prototyp der Staatszielbestimmungen GG 20/28 vor Augen hält. Als Staatszielbestimmungen im engeren Sinn, als Richtlinien für den Gesetzgeber, - vergleichbar den institutionell verstandenen Grundrechten (456) -, sind innerhalb der BV also nur Art. 2 und 31 bis I in Betracht zu ziehen (457).

(454) Vgl. 2. Teil

(455) Müller, Grundrechte, 905.

(456) So auch Müller, aaO, 904; zum institutionellen Grundrechtsverständnis vgl. 1. Teil/I.C.2.c..

(457) Zur Begriffsumschreibung der Staatszielbestimmungen 1. Teil/II.B.2.a.

C. EXKURS: DIE SOZIALSTAATSKLAUSEL ALS BEISPIEL EINER STAATSZIELBESTIMMUNG

1. Problemübersicht

Bei der Betrachtung von Staatszielbestimmungen liegt das Kernproblem in der Bewertung ihres normativen Gehaltes (458). Das ergibt sich aus ihrer weiten, offenen Struktur und ihrer Funktion, dem Staat ein in die Zukunft weisendes Leitbild zu vermitteln, an dem sich die staatliche Aktivität zu orientieren vermag.

Die Bewertung von Staatszielbestimmungen spielt sich ab im Widerstreit zwischen der Qualifikation als blosser Deklamation und der Anerkennung als einer Norm, was die Diskussion um die Sozialstaatsklausel deutlich zeigt. Diese charakterisiert die Bundesrepublik als einen "demokratischen und sozialen Bundesstaat" (GG Art. 20 Abs. 1) und fordert von der "verfassungsmässigen Ordnung der Länder", dass sie "den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates" (GG Art. 28 Abs. 1) entspreche. Die Frage wird noch akzentuiert durch den (vermeintlichen?) Gegensatz (459) zwischen Rechts- und Sozialstaatsprinzip, der die Diskussion stark beeinflusst hat.

Im vorliegenden Zusammenhang ist notwendig eine Beschränkung auf das für die vorliegende Arbeit Wesentliche erforderlich. Es werden vor allem die Frage der Normativkraft und der Adressatenkreis der Sozialstaatsklausel kurz beleuchtet, dagegen wird der materielle Gehalt weitgehend vernachlässigt. Für die Frage der Struktur der Staatszielbestimmungen sei auf die Zusammenfassung unter II.B.5. innerhalb dieses ersten Teils verwiesen.

(458) Ueber die verschiedenartigen Bewertungen zusammenfassend Stern, Staatsrecht, 688 ff.

(459) Vgl. dazu hinten 3.

2. Der Gegensatz Norm - Programm

Die Diskussion bei der Würdigung der Sozialstaatsklausel dreht sich um die beiden Pole Norm und Programm. Ein Hinweis auf die Klassifizierung der Sozialstaatsklausel als Verfassungsgrundsatz (460) macht jedoch deutlich, dass sich die Frage nicht auf die angeführte Antinomie reduzieren lässt. Die Konkretisierungsbedürftigkeit sagt über die Normqualität nichts Gültiges aus. "Normativ" und "programmatisch" sind nicht als Gegensatzpaar für weitere Argumentation geeignet (461). Staatszielbestimmungen als Verfassungsgrundsätze sind "offene Prinzipien".

Ausserdem ist der Begriff des Programmes mehrdeutig (462). Einerseits werden Bestimmungen darunter subsumiert, die der unmittelbaren Anwendung nicht zugänglich sind, bzw. der Ausführung durch den Gesetzgeber bedürfen. Das trifft zu für die Staatszielbestimmungen. Andererseits sind die Konkretisierungen zur blossen *D e k l a m a t i o n* ohne Normgehalt verwischt, wenn die rechtliche Verbindlichkeit von Programmen angezweifelt wird: Die Programmbestimmung vermag sich nämlich mindestens bei Konkretisierung und Auslegung direkt auszuwirken (463).

(460) Anstatt vieler Maunz, Dürig, Herzog, Scholz, 74/Rdn 152 f zu Art. 20 GG (Bearbeitung 1976); Scheuner, Staatszielbestimmungen, 333 f, 341 ff.

(461) Grimm, Grundgesetzreform, 498; deutlich auch Bull, Staatsaufgaben, 164, der die Alternative "Programm" oder "Rechtssatz" auch nicht für haltbar erachtet.

(462) Lerche, Verfassungsdirektiven, 346 f.

(463) Lerche, aaO, 346.

Hier stellt sich die Frage, ob und inwieweit nicht jede in der Verfassung enthaltene Bestimmung einen minimalen Verbindlichkeitsanspruch besitze (464). Abgesehen davon ist insbesondere auf den Einbezug der Sozialstaatsklausel in die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 III GG aufmerksam zu machen, welche die Bedeutung aller in Art. 20 GG enthaltenen Grundsätze hervorhebt (465).

Die Programmqualität ist vielmehr in einem m a t e r i e l l e n Kriterium zu suchen: Eine Norm hat immer dann Programmcharakter, wenn sie eine Richtlinie oder ein Leitmodell in die Zeit hinein entwirft (466). Dadurch wird auch die Position des Gesetzgebers bestimmt, der für die Erfüllung seiner Aufgabe eines bestimmten Masses an Freiheit bedarf.

Z i e l e lassen sich durchwegs auf verschiedene Weise realisieren (467).

(464) Vgl. Abschnitt Präambel, 1. Teil/II.B.3.d.; in diese Richtung auch Müller F., Normstruktur, 156. Wie Bachof, Begriff und Wesen, 204, richtig bemerkt, darf man von einer "Verfassungsnorm" auch nicht ohne zwingenden Grund annehmen, sie entbehre jeglichen Rechtsgehaltes.

(465) Fechner, Freiheit und Zwang, 74; Abendroth, Begriff, 115; Ridder, verfassungsrechtliche Stellung, 5 f; Siecken, Sozialstaatsklausel, 274; Maunz, Dürig, Herzog, Scholz, 10/Rdn 22 zu GG Art. 20 (Bearbeitung 1976); dazu auch Contiades, Staatsstrukturbestimmungen, 99.

(466) Lerche, Verfassungsdirektiven, 347; Scheuner, Staatszielbestimmungen, 341.

(467) Lerche, aaO, 340; Stern, Artikel "Sozialstaat" in: EvStL, 2408.

3. Teilgehalte der Sozialstaatsklausel

a. Institutsgarantie - Auftrag an den Gesetzgeber - Anstossnorm

Ein erster Teilgehalt soll als Institutsgarantie einen "Minimal - standard vorhandener Rechtsinstitute" (468) gewährleisten, mindestens aber eine Art "sozialen Rückschrittsverbotes" (469) darstellen. Damit ist eine notwendige Nuancierung angedeutet: Die garantierte Erhaltung von Rechtsinstituten darf Flexibilität und Offenheit bei der Suche nach neuen Lösungen nicht derart einschränken, dass die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit unzulässig eingeengt würde (470).

(468) Lerche, Uebermass, 231; wohl auch Weber, verfassungsrechtliche Grenzen, 257; Lerche, Leistungsstaat, 95: "Leistungsansprüche auf ökonomisch-geistiges Existenzminimum"; Bull, Staatsaufgaben, 165 f; Bachof, Begriff und Wesen, 208; positive Gewährleistung des Existenzminimums durch die Sozialstaatsklausel in Verbindung mit GG Art. 2 II und GG Art. 1 I; BVerfGE 40, 121 (133f): Der Hilfsbedürftige hat Anspruch "jedenfalls (auf) die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein". "Es liegt grundsätzlich in der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, dem ihm geeigneten Weg zu bestimmen ... Ein Verstoß gegen die Verfassungsgrundsätze der Art. 3 I und 20 I GG liegt erst vor, wenn die gewährte Hilfe für Gebrechliche nicht den Anforderungen sozialer Gerechtigkeit entspricht". Ebenso: EUGRZ, 1977, 278. Kritisch: Müller, Normstruktur, 175 f, bes. 178 ff; ebenfalls Martens, Leistungsstaat, 23, 33; gänzlich ablehnend: Isensee, Subsidiaritätsprinzip, 197.

(469) Bei Suhr, Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 92; gefolgt von Siecken, Sozialstaatsklausel, 265; Vgl. dazu auch Weinhold, Rechtsprechung, 107. A.M. Maunz, Dürig, Herzog, Scholz, 83/Rdn 175 (Bearbeitung 1976).

(470) Suhr, aaO, 92; Stern, Staatsrecht, 696.

Die Möglichkeit, soziale Gerechtigkeit auf neuen Wegen zu verwirklichen, muss offen gehalten werden. Immerhin entdeckt man bei diesem Aspekt der Sozialstaatsklausel eine gewisse Verwandtschaft mit institutionellen Grundrechtsgehalten (471). Die Sozialstaatsklausel wendet sich also nicht grundsätzlich gegen die Modifikation sozialstaatlicher Institutionen durch den Gesetzgeber (472). Allerdings müssen die durch Grundrechte und/oder die Sozialstaatsklausel abgesicherten Institutionen in ihrem Wesensgehalt unversehrt bleiben (473). Das schliesst eine Verschlechterung des sozialen Besitzstandes in Einzelfragen bzw. Einzelfällen nicht aus (474). Denn es ist scharf abzugrenzen zwischen Wesensgehaltsgarantie, welche keine festen Grenzen setzt (475), - es gibt also "keinen

(471) Bei Müller, Grundrechte, 817; ähnlich wie im Text auch Stahlmann, Individuelle Freiheit, 216 ff; Forsthoff, Begriff und Wesen, 191; dagegen lehnt er jegliche institutionelle Bedeutung ab.

(472) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht: 8,1 (16 ff); 17,337 (355); 23, 135 (144 ff); 39, 302 (315); 40, 121 (133ff); dazu ausführlich Weinhold, Rechtsprechung, 106 ff.

(473) Hesse, Grundzüge, 86 f; dazu gehören etwa Arbeitsschutz und Arbeitszeitrecht, Sozialhilfe-, Versorgungs- oder Sozialversicherungsrecht, Betriebsverfassungs- und Tarifvertragsrecht. Detaillierte Informationen bei Stern, Staatsrecht, 695 ff.

(474) Weinhold, Rechtsprechung, 107 f. Heikel wird es etwa, wenn die Frage zu beantworten ist, ob der Kerngehalt der persönlichen Freiheit durch dauernden Ausschluss vom akademischen Studium tangiert werde; vgl. dazu BVerfGE 33,303 ff (NC-Entscheid); für die Schweiz neuerdings 102 Ia 321 ff, bes. 324 f, sowie 103 Ia 369 mit den Bemerkungen Müllers in ZBJV 115 (1979), 118, 120 f, 123 f.

(475) So Hotz, Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit, 55 ff, bes. 57; Zimmerli, Verhältnismässigkeit, 17; Müller, Persönlichkeitsschutz, 103 ff; Meier-Hayoz, Eigentumsordnung, 321; Weber, Eigentum als Rechtsinstitut, 166, 190 f. A.M. Saladin, Grundrechte, 459.

absoluten normativen Kernbereich der Grundrechte" (476), und Institutsgarantien, welche einen absoluten Erhaltungsanspruch begründen. Die Wesensgehaltsgarantie ist in der Nähe des Verhältnismässigkeitsprinzips anzusiedeln (relative Wesensgehaltstheorie). Massgeblich für die Beurteilung, ob der Wesensgehalt eines Grundrechts tangiert ist, erweist sich die Güterabwägung im Einzelfall (477); der Kernbereich ist somit als variabel zu betrachten. Es gilt freilich zu beachten, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit von der Güterabwägung zu unterscheiden ist. Die Frage der Proportionalität stellt sich erst dann, wenn eine Güterabwägung bereits stattgefunden hat (478).

Einem zweiten Teilgehalt wird ein *Auftrag* an den Gesetzgeber entnommen, soziale Missstände im Sinne des Nichtfunktionierens sozialer Einrichtungen (479) zu beseitigen.

Abgrenzungsschwierigkeiten werden sich vor allem zum dritten Teilbereich ergeben, der auf einen *Anstoss* zu so-

(476) Müller, Persönlichkeitsschutz, 103 f. Die Folgerungen Häberles, Wesensgehaltsgarantie, 58 ff. bes. 64 ff., der absolute und relative Wesensgehaltsgarantie zu verbinden trachtet, legt den Schluss nahe, dass er in der Substanz letztlich die relative Konzeption vertritt: Grundrechte betrachtet er "in einem durch *Wertabwägungen* abzutastenden *Umfange* (Hervorhebung durch den Zweitverfasser) als gegenüber jeglicher Gesetzgebung absolut geschützt (aaO, 66). So auch VEB, 53; Schluep, Wirtschafts- und Sozialverfassung, 368.

(477) Zimmerli, aaO, 17; Müller, aaO, 103, 105.

(478) So richtig Häberle, Wesensgehaltsgarantie, 67 f.

(479) Lerche, Uebermass, 231.

zialer Steuerung und Veränderung abzielt (480). Diese Unbestimmtheit lässt den dritten Teilgehalt nur beschränkt als justiziabel erscheinen. Der programmatische Gehalt ist allerdings kein charakteristisches Merkmal. Darin zeigt sich vielmehr eine Parallele zwischen institutionell verstandenen Grundrechten und der Sozialstaatsklausel bezüglich der verschiedenen Teilgehalte von unterschiedlicher normativer Kraft (481).

b. Adressaten

aa. Der Gesetzgeber insbesondere

Die nicht bloss ermächtigende, sondern auch verpflichtende Kraft der Sozialstaatsklausel als Verfassungsgrundsatz richtet sich vor allem an den Gesetzgeber (482), dem sie weite Gestaltungsmöglichkeiten lässt (483). Der geringe Grad der

- (480) Das bei Lerche, aaO, 232 verwendete Wort "Ermächtigung" scheint in Zusammenhang mit dem Ziel sozialer Umgestaltung zumindest missverständlich, weil es hier bloss um ein eher vages sich Ausrichten auf sozialstaatskonforme Grundsätze gehen kann.
- (481) Müller, Grundrechte, 817 i.V.m. 904. Auch etwa Bull, Staatsaufgaben, 166 f; Stern, Staatsrecht, 689 f.
- (482) Bachof, Begriff und Wesen, 203; Ipsen, Grundgesetz, 23; Abendroth, Begriff, 125; Siecken, Sozialstaatsklausel, 270, 275 ff; Weinhold, Rechtsprechung, 35 ff; Stern, Staatsrecht, 714 f; Martens, Leistungsstaat, 31; Müller, Grundrechte, 905; BVerfGE 29, 221 (235); 1, 97 (105); 8, 274 (329); 10 354 (370 f).
- (483) Suhr, aaO, 86 f, formuliert weitergehend, dass "dem Gesetzgeber alle Freiheit bei der Ausgestaltung einzelner Rechtsgebiete belassen" und ihm nur solche Regelungen versagt seien, "die aus recht genau angegebenen und nachprüfbaren Gründen das Prädikat 'unsozial' verdienen". Deutlich auch BVerfGE 22, 180 (204): "Art. 20 GG bestimmt nur das "Was", das Ziel, die gerechte Sozialordnung; er lässt aber für das "Wie", d.h. für die Erreichung des Ziels, alle Wege offen".

Konkretisierung (484) unterscheidet sie von den Kompetenzbestimmungen mit zielgerichteter Tendenz (485). - Besondere Selbständigkeit genießt der Gesetzgeber im Bereich sozialstaatlicher Leistungstätigkeit (486). Daraus ergibt sich eine weitgehend abstrakte Bindung der Legislative (487) an das "Rahmenrecht" der Sozialstaatsklausel, "das als eine von materiellen Essentialia weitgehend entkleidete formale Zielprojektion mit beinahe beliebigem Inhalt gefüllt werden kann" (488). Politischer Prozess, demokratische Ausmarchung haben die Aufgabe, den konkreten Weg zur Verwirklichung der anvisierten Ziele festzulegen (489).

Auf diesem Hintergrund erscheint es als einleuchtend, dass das Sozialstaatsprinzip keinen direkten Anspruch gegen den Staat, kein subjektives Recht verleiht; andernfalls würde ja der Grundsatz desavouiert, es handle sich bei der Sozialstaatsklausel um ein konkretisierungsbedürftiges Prinzip (490). Vollzugsfähige öffentliche Rechte können erst durch den Gesetzgeber begründet werden (491).

(484) Stern, Staatsrecht, 715; Siecken, Sozialstaatsklausel, 273; Weber, verfassungsrechtliche Grenzen, 259.

(485) Scheuner, Staatszielbestimmungen, 343 ff, bes. 345; vgl. auch oben II.B.5.b..

(486) Siecken, aaO, 277; Häberle, Leistungsstaat, 94 ff; Beispiele bei Stern, aaO, 698 f.

(487) Schon BVerfGE 1, 97 (105); 26, 44 (61 f); 36, 73 (84 f).

(488) Weinhold, aaO. 35.

(489) Maunz, Dürig, Herzog, Scholz, 79 / Rdn 169 zu Art. 20 GG (Bearbeitung 1976); Scheuner, Staatszielbestimmungen, 346.

(490) Weinhold, Rechtsprechung, 33 f, mit Hinweis auf BVerfGE 27, 283, ausserdem, aaO, 96 ff. Dies ist auch die herrschende Meinung: Anstatt vieler Forsthoff, Begriff und Wesen, 188 f; Hesse, Grundzüge, 86 f; Abendroth, Begriff, 117; Stern, Staatsrecht, 715; Maunz, Dürig, Herzog, Scholz, 82 f / Rdn 175 zu Art. 20 GG (Bearbeitung 1976).

(491) Martens, Leistungsstaat, 30 f.

Ein Einschreiten des Bundesverfassungsgerichts wird nur bei willkürlicher Verletzung des Verfassungsauftrages überhaupt in Betracht gezogen, wie schon aus BVerfGE 1, 97 (105) hervorgeht (492). Auch im NC-Entscheid (33, 303 ff, 333) hat das BVerfG erwogen, ob ein objektiver sozialstaatlicher Verfassungsauftrag zur Bereitstellung ausreichender Ausbildungskapazitäten bestünde, d.h. ob sich dadurch ein klagbarer Individualanspruch herleiten liesse. Erneut hat es in diesem Fall statuiert, die Frage stelle sich überhaupt erst bei "evidenter Verletzung jenes Verfassungsauftrages". Eine Verletzung ist zum Beispiel (493) dann nicht gegeben, wenn die Bereitstellung einer geeigneten Anzahl von Studienplätzen an den finanziellen Ressourcen und institutionellen Gegebenheiten, d.h. am "Vorbehalt des Möglichen" ihre Grenzen findet (494).

Grundsätzlich ist also das Bundesverfassungsgericht von seiner Zurückhaltung gegenüber der Tendenz zu uferloser Ausdehnung in der Interpretation der Sozialstaatsklausel nicht abgerückt (495).

(492) Weinhold, aaO, 36, 42; Stern, Staatsrecht, 715; zur Willkürprüfung ferner 34, 118 (131); 41, 193 (202).

(493) Weinhold, aaO, 103; BVerfGE 33, 303 ff (329 ff), Numerus clausus-Urteil; dazu auch 39, 258 (269 ff); 39, 276 (293).

(494) AaO, 33, 333; dazu eingehend Weinhold, Rechtsprechung, 101 ff, bes. 103; zur Schranke der staatlichen Leistungsfähigkeit ausführlich Stern, Staatsrecht, 716 ff; Häberle, Leistungsstaat, 110.

(495) Weinhold, aaO, 104; Maunz, Dürig, Herzog, Scholz, 78 ff / Rdn 165 ff, bes. 171 zu Art. 20 GG (Bearbeitung 1976).

bb. Die Bindung der Rechtsanwender

Es besteht Einigkeit darüber, dass sowohl Exekutive wie richterliche Gewalt an den Sozialstaatsgrundsatz als Auslegungsmaxime gebunden sind (496).

Das ist deshalb nicht besonders aussagekräftig, weil das Bundesverfassungsgericht, wie bereits gezeigt, bei der Präzisierung der "Auslegungsbreite sozialstaatlicher Interpretationsmöglichkeiten" überaus zurückhaltend ist (497). Das hat zur Folge, dass der Sozialstaatsgrundsatz neben den sozialstaatsrelevanten Grundrechten im wesentlichen keine *selbständige* Bedeutung erhält, weil diesen letzteren eine "sozialstaatliche Interpretation ipso iure vorgegeben ist" (498). Die Problematik sozialstaatskonformer Auslegung liegt, wie Weinhold richtig bemerkt (499) darin, dass der "offene" Inhalt der Sozialstaatsklausel nicht die präzise Ableitung von Rechtsfolgen erlaubt (500). Immerhin vermögen Grundprinzipien wie die Sozialstaatsklausel ein Minimum an Vereinheitlichung innerhalb der Rechtsordnung herbeizuführen (501).

(496) Anstatt vieler: Abendroth, Begriff, 116; Stern, Staatsrecht, 715 f, der auch die Termini "Richtungsbegriff" und "Ermessensrichtlinie" einführt; Forsthoff, Begriff und Wesen, 200, LS XIV; Weinhold, Rechtsprechung, 37 ff mit Diskussion der einschlägigen BVerfGE.

(497) Weinhold, aaO, 40; befürwortend Maunz, Dürig, Herzog, Scholz, 78 ff / Rdn 165 ff, bes. 171 zu Art. 20 GG (Bearbeitung 1976).

(498) Weinhold, aaO, 39 f.

(499) Weinhold, aaO, 40 f.

(500) Dazu auch Martens, Leistungsstaat, 31; im gleichen Sinn wie im Text, Weber, verfassungsrechtliche Grenzen, 259.

(501) Grimm, Verfassungsfunktion, 499.

Das selbe gilt prinzipiell für den Einfluss der Sozialstaatsklausel im Bereich des Privatrechts (502), besonders bei der Konkretisierung zivilrechtlicher Generalklauseln (503), wodurch auch diese mittelbare (indirekte) Drittwirkung zu einer eher unbestimmten Angelegenheit wird. Immerhin sind aber zivilrechtliche Generalklauseln eingebettet in festgefügte und übersehbare Ordnungsbeziehungen und durch langjährige Praxis in ihren Aktivierungsmöglichkeiten fixiert (504). Eine direkte Drittwirkung steht dem Charakter der Sozialstaatsklausel entgegen (505), da sie zwar die gesamte Rechtsordnung in Richtung der in ihr enthaltenen Grundsätze beeinflusst, aber keine subjektiven Rechtsansprüche verleiht.

4. Schranken des Sozialstaatsprinzips

Das Sozialstaatsprinzip ist in seinem materiellen Gehalt nicht derart bestimmt, dass sich seine Grenzen genügend von innen her ermessen liessen. Seine exogenen Schranken (506) findet es, neben der erwähnten Grenze ökonomischer Leistungsfähigkeit, in den Bestimmungen der Verfassung, namentlich im Wesensgehalt der Grundrechte sowie vor allem (507)

(502) Ähnlich Suhr, aaO, 80.

(503) Weinhold, aaO, 45; BVerfGE 6, 55 (71 f); implizit auch Grimm, Verfassungsfunktion, 499.

(504) Weber, verfassungsrechtliche Grenzen, 259.

(505) Abgelehnt schon im Lüth-Urteil, BVerfGE 7, 198 ff.

(506) Vgl. dazu Weber, verfassungsrechtliche Grenzen, 249 ff, bes. 279 ff.

(507) Zum Konfliktpotential, welches das bundesstaatliche Prinzip birgt, vgl. Köttgen, der soziale Bundesstaat, 431 ff.

im Rechtsstaats- und Demokratieprinzip (508). Zwar besteht ein theoretischer prinzipieller Antagonismus zwischen der liberalen Vorstellung des Gemeinwohlautomatismus und einem Verständnis der modernen Gesellschaft, welches gerade die Grenzen dieser Selbststeuerungskraft betont (509). Trotzdem erscheint es verfehlt, aus dem unleugbaren Spannungsverhältnis zwischen Sozial- und Rechtsstaatsprinzip einen unlösbaren Gegensatz (510) konstruieren zu wollen, ist doch Art. 20 GG auf ein Gleichgewicht (511) hin angelegt. Dieses Bestreben kommt schon darin zum Ausdruck, dass weder Freiheit ohne ein Mindestmass an sozialer Gerechtigkeit noch ein Sozialstaat, der in der Erfüllung seiner Postulate auf rechtsstaatliche Garantien keine Rücksicht nimmt, denkbar sind (512).

Eine prävalierende Stellung des sozialen und/oder des demokratischen Elementes ist somit in keiner Weise gerechtfertigt. Der demokratische Gesetzgeber ist an die Rahmenordnung der Staatszielbestimmungen (513) gebunden und findet eine weitere

(508) Zum ganzen Problemkreis bietet der Sammelband Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt 1968, ausführliche Information.

(509) Maunz, Dürig, Herzog, Scholz, 83 f / Rdn 117 zu GG Art. 20 (Bearbeitung 1976).

(510) Forsthoff, Begriff und Wesen, bes. 173 ff.

(511) Siecken, Sozialstaatsklausel, 266; implizit auch Weber, aaO, 287, der betont, in der geltenden Verfassungsordnung müsse die "uralte Polarität von Individuum und Gemeinschaft ... zum Ausgleich ... gebracht" werden. Maunz, Dürig, Herzog, Scholz, Rdn 36 ff/ Abschnitt II zu Art. 20 GG (Neubearbeitung 1978), ausserdem 84/Rdn 178 ff zu Art. 20 GG (Bearbeitung 1976). A.M. etwa Ridder, verfassungsrechtliche Stellung, 7.

(512) Bachof, Begriff und Wesen, 210 ff.

(513) Oben 1. Teil/II.C.3.a..

Grenze im Wesensgehalt der Grundrechte. Entschieden ist deshalb dem Versuch entgegenzutreten, eine sozialrevolutionäre Umgestaltung der Verfassung, ausgehend von der Identität von Staat und Gesellschaft, einzuleiten (514), wie dies von den Vertretern der demokratisch-funktionalen Grundrechtstheorie (namentlich Abendroth und Hartwich) (515) postuliert wird. Ausgehend von einer symbiotischen Verbindung zwischen Sozialstaatsprinzip und Demokratie stehen Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung, nicht gebunden durch die restriktive Kraft der Grundrechte, gänzlich zur Disposition des Gesetzgebers, wodurch die individuelle Freiheit zur blossen demokratischen Teilhabe degeneriert (516): "Demokratie bezieht sich im Begriff der demokratischen und sozialen Rechtsstaatlichkeit nicht nur auf die formale politische Rechtsstellung des Staatsbürgers, sondern erstreckt sich auf seine gesamten Lebensverhältnisse und bezieht die soziale Ordnung und die Regelung der materiellen und kulturellen Bedürfnisse des Menschen ein" (517).

(514) Vgl. dazu zusammenfassend Stern, Staatsrecht, 690 ff.

(515) Abendroth, Begriff, 114 ff; Hartwich, Sozialstaatspostulat, bes. 345 ff.

(516) Abendroth, 119, 127; illustrativ 132: ... "dass das Problem der Abhängigkeit von staatlicher Macht nicht lediglich als eine Frage der individuellen Freiheit, sondern vor allem auch als eine Frage der demokratischen Teilhabe gesehen werden muss".

(517) Abendroth, aaO, 138.

D. DAS VERHAELTNIS DER GRUNDRECHTE ZU DEN ZIELBESTIMMUNGEN

1. Grundlegung

Im Verhältnis der Grundrechte zu den (Staats)zielbestimmungen ist die Frage zu erörtern, ob, und wenn ja inwiefern, auch die Grundrechte einen zielgerichteten Teilaspekt in Form von Gestaltungsaufträgen oder - bescheidener - eine Gestaltungswirkung enthalten (518).

Auszugehen ist von der klassischen Funktion der Grundrechte, dergemäss sie bestimmte Rechtspositionen gegenüber dem Staat absichern (519). Die gesicherten Positionen wirken unmittelbar und selbständig anspruchsbegründend und versetzen den Bürger in die Lage, diese Ansprüche verfahrensmässig durchzusetzen (520). So verstanden sind Grundrechte primär Ausgrenzungen (521) von Freiheitsräumen gegenüber dem Staat. Die Abwehrfunktion der Grundrechte darf nicht geschmälert werden: Dem Individuum ist ein geeigneter Frei-
raum (522) zu sichern, um jegliche Totalitätsansprüche des

(518) Die Grundlage dazu ist im Abschnitt I.C.2. gelegt.

(519) Beispiele: Wespi, Drittwirkung, 77 ff; dazu Scheuner, Staatszielbestimmungen 335; Saladin, Grundrechte, 293 ff; Müller, Grundrechte, 808; Hesse, Grundzüge, 122.

(520) Scheuner, aaO, 335; Müller, aaO, 808 ff, 818; Grisel, Droits sociaux, 116.

(521) Forsthoff, Begriff und Wesen, 177; Müller, aaO, 808; zur historischen Herleitung des individuell-negatorischen Grundrechtsverständnisses, Saladin, Grundrechte, 293 f; Müller, Persönlichkeitsschutz, 105 f.

(522) Müller, Grundrechte, 808; in dieser Richtung auch etwa Häberle, Leistungsstaat, 98; auf die Gefahr zu starker Relativierung des Geltungsanspruches durch den Gesetzgeber macht Martens, Leistungsstaat, 18, aufmerksam.

Staates von vornherein zu verunmöglichen, d.h. um ein Gegengewicht zur wachsenden staatlichen Einbindung zu schaffen (523). Darin erschöpft sich ihre Bedeutung - wie oben (524) dargestellt - jedoch nicht.

Geht man vom konstitutiv-institutionellen Grundrechtsverständnis aus (525), ergibt sich aus dieser Konzeption eine Gestaltungswirkung auf den Gesetzgeber (526) und damit eine *Zielrichtung* (527) der Grundrechte. Es hiesse jedoch Stellung und Funktion der Grundrechte verkennen, wenn man sie als Bestandteile eines eingeschlossenen Wertsystems verstehen (528/529) wollte.

(523) Müller, aaO, 812.

(524) 1. Teil/I.C.2., dort insbesondere c.

(525) Müller, Persönlichkeitsschutz, 163 f; Scheuner, DöV, 506, Sp. 1; Saladin, Grundrechte, 292 ff; Kritik bei Benz, Sozialrechte, 25 ff.

(526) Scheuner, DöV, 507, Sp. 2, 513, Sp. 2: hier ist explizit von Gestaltungsauftrag die Rede; A.M. Häfelin, Verfassungsgebung, 92.

(527) Häfelin, aaO, 92, will Gestaltungswirkung nur aufgrund der Auslegung im Einzelfall zugestehen; zurückhaltend auch Scheuner, Staatszielbestimmungen, 335.

(528) Müller, Grundrechte, 719; Hesse, Grundzüge, 127 f. Zu weit geht m.E. Saladin, Grundrechte, der eine gänzliche Ueberwindung des Gegensatzes von Staat und Gesellschaft fordert (309). Anknüpfend an die institutionelle Grundrechtstheorie nähert sich Saladin der sozialstaatlichen Grundrechtstheorie; vgl. Böckenförde, Grundrechtstheorie, 238 ff, bes. 239.

(529) Abschnitt I.C.2.f.

2. Folgerungen

Im vorliegenden Zusammenhang ist folglich dies festzuhalten: Dem normativen Gehalt der Grundrechte wird man nur gerecht, wenn man sie nach Teilinhalten differenzierend betrachtet, indem man davon ausgeht, dass die Grundrechte die Grundlagen der Rechtsordnung des Gemeinwesens (530) konstituieren, ohne ihre betonte Garantie des status negativus (531) aus den Augen zu verlieren. Tatsache ist, dass reines Schranken-denken nicht ausreicht, um die Grundrechte in ihrer Bedeutung voll zu erfassen, andererseits aber innerhalb der weiteren Teilgehalte (532) zu unterscheiden ist zwischen der Funktion als Auslegungsregel und dem rein programmatischen Gehalt, der mit einem Verlust an Normativwirkung verbunden ist (533). Ihre Umdeutung in leistungsstaatliche Teilhaberechte ist grundsätz- lich kritisch zu betrachten. Jedenfalls aber ist mittel^s der Ausgrenzungsfunktion der Grundrechte zu verhindern, dass der Vorrang der Verfassung illusorisch wird durch eine Funk- tionalisierung, welche die Grundrechte "in der Hand des Ge- setzgebers zu Sozialfaktoren degradiert" (534). Ob eine solche Operation in Verbindung mit einer Neubeurteilung des Gleich- heitssatzes (BV 4) und einer Erweiterung von dessen Anwendungs-

(530) Hesse, Grundzüge, 124.

(531) Müller, aaO, 816; Scheuner, DöV, 509; Häberle, Lei- stungsstaat, 98, 102; betont auch bei Schaumann, Auf- trag des Gesetzgebers, 53.

(532) Zu den verschiedenen Teilgehalten der Grundrechte 1. Teil/I.C.2.c.aa.bb..

(533) Hesse, Grundzüge, 124; dazu Böckenförde, Grundrechts- theorie, 244 f; was dort für das Grundgesetz festgehalten ist, gilt für ein sozialstaatliches Grundrechtsverständnis allgemein.

(534) Schaumann, aaO, 53; gänzlich ablehnend auch Maunz, Dürig, Herzog, Scholz, 89 ff / Rdn 196 ff zu GG 20 (Bearbeitung 1976).

bereich allenfalls denkbar und sinnvoll erschiene, wird im zweiten Teil bei der Behandlung von Art. 2 BV und 31 bis 1 BV zu erörtern sein.

Grundrechte als Leitgrundsätze: Kein blosses Schlagwort, sondern Leit-Vorstellung in der Masse, als die Grundrechte grundlegende rechtliche Institutionen verfassungsmässig gewährleisten (535). Die Gestaltung der gesamten Rechtsordnung muss sich demnach an diesen Leitvorstellungen orientieren und die in ihnen enthaltenen Grundideen zu konkretisieren suchen.

3. Das Modell der Wechselbeziehung zwischen Sozialstaatsklausel und Grundrechten

Das Beispiel der Bundesrepublik Deutschland zeigt, dass sich Staatszielbestimmungen und Grundrechte gegenseitig zu ergänzen (536) vermögen.

Ob sich aus den Grundrechten direkte Teilhabeansprüche ergeben, ist umstritten. Dagegen formen die Sozialstaatsklausel und das einzelne Grundrecht zusammen, in Verbindung mit GG Art. 3, einen objektiven Verfassungsauftrag (537). Dem darin niedergelegten Programm entspricht keine

(535) Rupp, Wandel, 166, betrachtet die Grundrechtsverbürgungen in erster Linie als "objektiv-rechtliche Leitprinzipien". Von dieser Ueberzeugung ausgehend auch Bericht KVE/AG, 28, entsprechend §§ 7 und 8 des Entwurfs vom 26. Februar 1976 der Verfassung des Kantons Aargau.

(536) Das ist das Thema des Berichtes von Häberle, Leistungsstaat.

(537) Häberle, aaO, 108 f, 112.

aequivalente subjektive Berechtigung (538). Der objektive Verfassungsauftrag bleibt im Ausmass seiner überschüssenden Tendenz *lex imperfecta* (539). Folglich ist Martens insoweit zuzustimmen (540), als er in der Verwirklichung der objektiven Verfassungsaufträge primär eine Aufgabe des Gesetzgebers erblickt.

Ohne in gesetzgeberischen oder richterlichen Dezisionismus zu verfallen, durch welchen sich der Interpret zum "Herrn der Verfassung" (541) machen würde, sind bezüglich der Fruktifizierung der Sozialstaatsklausel einige Differenzierungen anzubringen:

Ob und in welchem Ausmass die aus der Verbindung von Sozialstaatsklausel, Gleichheitssatz und Grundrechten entstandenen Verfassungsaufträge in Leistungs- und Teilhaberechte hineinwachsen können, lässt sich nur im Einzelfall beantworten (542). Einerseits ist eine kategoriale Unterscheidung zwischen Sozial- und klassischen Freiheitsrechten nach ihrer Konkretisierungsbedürftigkeit bzw. der unmittelbaren Justiziabilität

(538) Martens, Leistungsstaat, 31; das gibt auch Häberle, aaO, 112 zu; dazu Saladin, Grundrechte, XXI, der für einen "ideellen Bereich" der Grundrechte grundsätzlich unbegrenzte Freiheit anerkennt, während sich im "ökonomischen Bereich" die Vorstellung von einem von vornherein beschränkten "Anspruchsbündel" zusammengefügt aus "freiheitsrechtlichen" und sozialrechtlichen Ansprüchen, aufdränge.

(539) Martens, aaO, 30.

(540) Martens, aaO, 31, gestützt auf Lerche, Verfassungsdirektiven, 346 f; ebenso Rupp, Wandel, 170 f; Weinhold, Rechtsprechung, 35; Maunz, Dürig, Herzog, Scholz, 79 / Rdn 169 zu Art. 20 GG (Bearbeitung 1976).

(541) Martens, aaO, 32.

(542) Richtig soweit Häberle, 109 f.

eben nicht gangbar (543), andererseits bleibt eine g e n e r e l l e U m d e u t u n g von Grundrechten in sozialstaatliche Leistungsrechte abzulehnen.

Als Leitlinie für Auslegung und Anwendung der Grundrechte ist jedoch eine Determinierung durch GG 20 zu konstatieren. Dabei ist von der G l e i c h w e r t i g k e i t (544) der dort enthaltenen Grundsätze auszugehen, da sich innerhalb von Art. 20 GG keine Gewichtung zugunsten des einen oder anderen Prinzips erkennen lässt. Es kann folglich nicht generell von einem "sozialen Vorbehalt" (545) bezüglich der Grundrechte gesprochen werden, ebensowenig wie eine "Demokratisierung" (546) von der Sozialstaatsklausel her als zulässig erscheint. Im Gegenteil: Das GG hat auf weitere sozialstaatliche Äusserungen, wie etwa eigentliche soziale Grundrechte, mit Ausnahme von Ansätzen in GG 6 IV und GG 5 (547) verzichtet. Daraus ergibt sich eindeutig, dass eine Präponderanz der Sozialstaatsklausel in Verbindung mit einer Ueberbewertung von Art. 15 GG nicht haltbar ist (547b).

(543) Saladin, Grundrechte, XX; Häberle, Leistungsstaat, 91 f; auf eine solche Unterscheidung aber abzielend Martens, aaO, 29.

(544) So auch Stern, EvStL, 2411.

(545) Zit. bei Häberle, 92, mit Hinweis auf Hensel, Grundrechte und politische Weltanschauung, 1930; auch 110.

(546) Das vertreten etwa Abendroth, Begriff, bes. 126 ff, 129; Hartwich, Sozialstaatspostulat, passim, bes. aber 344 ff, 358 ff.

(547) Scheuner, Staatszielbestimmungen, 336.

(547b) Der Versuch, das Gegenteil zu beweisen, gelingt Hartwich, aaO, 52 ff, nicht; ebenso wie im Text, anstatt vieler, Stern, Staatsrecht, 727.

E. DIE RICHTLINIEN DER REGIERUNGSPOLITIK ALS ZIELFORMULIERUNGEN (ZIELINDIKATOREN)

Der Sinn dieses Abschnittes liegt nicht in der erschöpfenden Würdigung der Richtlinien der Regierungspolitik. Diese sollen lediglich insoweit herangezogen werden, als sie sich für das Verständnis der Staatszielbestimmungen furchtbar erweisen.

1. Grundsätzliches: Wandlung der Regierungsfunktion

Die Aufgabe der Regierung liegt heute längst nicht mehr bloss in der Leitung des Gesetzesvollzuges, vielmehr setzt der Leistungsstaat gestaltende Lenkung und planende Koordination des Staates voraus (548). (Ueber das Ausmass dieser Tätigkeit lässt sich streiten, kaum aber über die grundsätzliche Notwendigkeit). Allerdings darf dabei nicht verkannt werden, dass die Führungsfunktion der Exekutive nicht exklusiv zugehört (549). Mindestens *f o r m a l* besteht eine starke Stellung des Parlamentes (550), was die Frage aufwirft, wie dessen Position im Planungsablauf zu bewerten ist. - Der Staat soll "aktive und nicht mehr bloss reaktive Politik "

(548) Eichenberger, Leistungsstaat, 23; Gygi, Wirtschaftsverfassung, 117 f, 120 ff; Lendi, Planungsrecht, 41 ff; Pfister, Regierungsprogramm, 279; Linder, Planung und Verfassung, 371 ff; Müller, Grundrechte, 786 ff, mit weiteren Literaturhinweisen; auch Stellungnahme des Bundesrates zur parlamentarischen Initiative über Regierungsrichtlinien und Finanzplan, BBl 1978 II 854.

(549) Linder, Planung und Verfassung, 385.

(550) Vgl. etwa BV Art. 85 Ziff. 11.

betreiben (551). Die Notwendigkeit der Planung beruht auf der erst in neuer Zeit in ihrer ganzen Konsequenz gewürdigten Interdependenz von Staat und Gesellschaft (552). Der wachsende Planungsbedarf lässt sich im wesentlichen auf zwei Gründe zurückführen, nämlich die "erhöhte Komplexität der von Wirtschaft und Politik zu lösenden Probleme", gekoppelt mit einem wachsenden Informationsbedarf, und eine "quantitative Ausweitung und qualitative Veränderung staatlicher Aufgaben" (553). Es stellt sich daher die Frage, wie Planung sich in die verfassungsrechtlich normierten Regeln politischer Willensbildung und die entsprechenden legislativen Verfahren integrieren lässt (554). Dieser Entwicklung suchten Bundesrat und Gesetzgeber in verschiedener Hinsicht Rechnung zu tragen. Ein erster Vorstoss erfolgte durch den Bundesrat im Jahre 1968 mit den aufgrund einer Motion Schürmann von 1967 veröffentlichten "Richtlinien der Regierungspolitik" (555). Die Institutionalisierung dieser Einrichtung wurde bei der Revision des GVG im Jahre 1970 (556) in den neuen Artikeln 45 bis und 45 ter verankert. Neuerdings wurden die Richtlinien

(551) Grimm, Grundgesetzreform, 518; ähnlich auch Bundeskanzler Huber in einem Vortrag vor dem SAD vom 11.5.1974: "gefährlicher Trend zum blossen Reagieren zum Nachteil des Regierens", zit. bei Germann, politische Innovation, 176; auch Maunz, Dürig, Herzog, Scholz, 75 / Rdn 154 zu GG Art. 20 (Bearbeitung 1976). Vom Sozialstaatsprinzip wird auf einen Planungsauftrag geschlossen (aaO, Rdn 163 f).

(552) Lendi, aaO, 41; vgl. vorne eingehend 1. Teil /I.B.

(553) Lendi, aaO, 42; Linder, Planung und Verfassung, 372.

(554) Linder, Planung und Verfassung, 372 f.

(555) Zur Entstehung und Entwicklung der Richtlinien vgl. ausführlich Lanz, politische Planung, 57 ff.

(556) SR 171.11; Revision 1970, AS 1257, 1258; BBl 1969 II 1318; vgl. dazu ausführlich Pfister, aaO, 294 ff.

mit dem Finanzplan (557) verknüpft, um der Kritik (558), wonach die bundesrätliche Planung ohne finanzielle Abstützung in der Luft hänge, den Wind aus den Segeln zu nehmen. Ausserdem sind GVG (559) und Finanzhaushaltsgesetz (560) jüngst mit dem Ziel einer "Verfeinerung der Koordination von Regierungsrichtlinien und Finanzplan" im Sinne einer "massvollen Weiterentwicklung der beiden Führungsinstrumente" (561) durch das Bundesgesetz über die Regierungsrichtlinien und den Finanzplan vom 22.6.1979 revidiert worden.

Die Kompetenz zum Erlass derartiger Richtlinien beruht neben BV Art. 102 Ziff. 16 auf BV Art. 95, wo der Bundesrat als "oberste vollziehende und leitende Behörde der Eidgenossenschaft" bezeichnet wird. Ueberdies ist BV Art. 102 Ziff. 4 beizuziehen, der dem Bundesrat das Vorschlagsrecht bezüglich konkreter Gesetze und Beschlüsse zuerkennt. Ist aber das Vorschlagsrecht gegeben, um wieviel eher muss dann die Formulierung blosser Richtlinien zulässig sein (562).

Auch wenn diese Verfassungsgrundlage genügt, ist es doch unverkennbar, dass die staatliche Planung bis zur Revision des GVG einen Fremdkörper im Staatsrecht darstellte (563). Aufbau und Struktur der Verfassung waren auf den liberalen Staat des 19 Jh. ausgerichtet und demzufolge von der strikten

- (557) Bbl 1976 I 444; vgl. den Hinweis bei Grimm, Verfassungsfunktion, 521; zur schweizerischen Finanzplanung auch Müller, Grundrechte, 804 ff; jetzt auch GVG 45 bis III (Rev. 1979).
- (558) Z.B. durch Wittmann, Zielkonflikte, 149 f; auch Pfister, Regierungsprogramm, 313 ff, bes. 315 ff.
- (559) BBl 1979 II 365 ff: Art. 43 II, 45 bis, 45 ter, 45 quater, 45 quinques.
- (560) BBl 1979 II 366; SR 611.0 (Art. 29).
- (561) Stellungnahme des Bundesrates, BBl 1978 II 853 ff, 853.
- (562) Vgl. dazu Pfister, Regierungsprogramm, 278 ff.
- (563) Dazu Schürmann, Richtlinien, 408 ff; Grimm, Verfassungsfunktion, 519 f; Lendi, aaO, 51.

Trennung von Staat und Gesellschaft ausgegangen (564).

Der Gesetzgeber hat der Bedeutung staatlicher Planung auch im neuen VwOG vom 18. September 1978 Rechnung getragen, wo in Art. 3 die Planung unter den Regierungsobliegenheiten erscheint (565).

2. Materielle Charakterisierung der Richtlinien

Ausgehend von der Erkenntnis, dass P l a n n g für die Verteilung staatlicher Leistungen nach sachlichen Kriterien unumgänglich ist (566), manifestiert sich der Zweck der Richtlinien darin, neue Aufgaben aufzuzeigen, "bei denen sich Erlasse auf Verfassungs- oder Gesetzesstufe" aufdrängen (567). Sie sollen den eidgenössischen Räten und der interessierten Öffentlichkeit einen Einblick in die grundsätzlichen Ueberlegungen des Bundesrates bezüglich des Planungsrahmens für die folgenden vier Jahre (568) gewähren. Ob die Richtlinien diesem Anliegen gerecht zu werden vermögen, ist zweifelhaft, weil der Bezug zwischen

(564) Müller, Grundrechte, 788 f.

(565) AS 1979, 114 f; VwOG Art. 3, insbesondere lit. b ... "umschreibt die grundlegenden Ziele und Mittel des staatlichen Handelns", lit. c ... "stellt die Koordination auf Regierungsebene sicher", lit. d ... "stellt periodisch Richtlinien der Regierungspolitik auf und sorgt nach Massgabe seiner Zuständigkeit für ihre Verwirklichung"; dazu Lendi, aaO, 43 f; vgl. auch den Hinweis im Bericht des Bundesrates zur parlamentarischen Initiative über Richtlinien und Finanzplanung, BB1 1978 II 854.

(566) Lendi, aaO, 42.

(567) BB1 1972 I 1027.

(568) BB1 1968 I 1205; BB1 1969 II 1319; BB1 1972 I 1027; BB1 1976 I 445.

laufenden Geschäften des Bundesrates und den Richtlinien vor-
derhand zu wenig eng ist (569). Diesem Mangel soll allerdings
mit dem neuen Art. 45 quinquies (570) abgeholfen werden, wo-
nach der Bundesrat in jeder Vorlage an die Räte das Verhält-
nis zu den Richtlinien und zur Finanzplanung darlegen muss.
Vielleicht ergibt sich daraus die Möglichkeit, die Leistung
der Regierung vermehrt an den Präentionen der Richtlinien
zu messen, obwohl diese nicht den Charakter einer Regierungs-
programmes im Sinne klassischer parlamentarischer Demokra-
tien tragen (571).

Bei der Bestimmung der in den Richtlinien enthaltenen Ziele
nimmt sich der Bundesrat ausdrücklich den *Zweckartikel*
(BV Art. 2) zum Vorbild (572); Behauptung der Unabhängigkeit,
Schutz der persönlichen Freiheiten und Förderung der gemein-
samen Wohlfahrt sind demnach Essentialia der bundesrätlichen
Politik. Das bedeutet, dass infolge der Gleichwertigkeit der
verschiedenen Ziele sämtliche indizierten Vorlagen sorgsam
ausbalanciert werden müssen; zu lösen sind Konflikte zwischen
den Zielen der Staatstätigkeit (573). Konkret führt dies bei-
spielsweise im Abschnitt Wirtschaftspolitik der Richtlinien von
1968 dazu, dass das Ziel der Hebung des materiellen Wohlstandes
(574) gegen die andern staatspolitischen Ziele wie "Behauptung

(569) Land, politische Planung, 75.

(570) Rev. 1979, BBl 1979 II 366.

(571) BBl 1969 II 1320; BBl 1972 I 1026; BBl 1976 I 445;
BBl 1978 II 853.

(572) BBl 1968 I 1207; darauf bezieht sich Gygi, Wirtschaftsver-
fassung, 102 f.

(573) Stellungnahme des Bundesrates zur parlamentarischen Ini-
tiative über Regierungsrichtlinien und Finanzplanung,
BBl 1978 II 853 ff, 858.

(574) Demgegenüber betont Mastronardi, Menschenwürde, 185,
den in den Richtlinien (BBl 1972 I 1053) zum Ausdruck kom-
menden Auftrag "einen sozialen Mindeststandard menschen-
würdigen Lebens zu gewährleisten".

der Unabhängigkeit des Landes" und das sozialpolitische Ziel der gerechten Verteilung abgewogen wird (575).

3. Rechtliche Qualifikation der Richtlinien

Die Frage nach der Rechtsqualität der Richtlinien ist falsch gestellt, wenn man vom klassischen Normbegriff ausgeht, der die Subsumtion eines bestimmten Sachverhaltes ermöglicht. Die Richtlinien ergehen nicht als Ergebnis eines Rechtsetzungsaktes in dem dafür bestimmten förmlichen Verfahren (576).

Diese Tatsache kommt darin zum Ausdruck, dass überwiegend der Standpunkt vertreten wird, den Richtlinien komme nur "beschränkte Verbindlichkeit" zu, was sich aus der Abhängigkeit künftig zu treffender Entscheide von Bedingungen politischer, finanzieller, wirtschaftlicher und rechtlicher Natur ergebe (577); oder es wird eindeutig formuliert, sie seien rechtlich unverbindlich (578). Schürmann, der eigentliche Initiant der Richtlinien, bezeichnet sie als Programme mit dem Charakter einer *lex imperfecta* (579), während sie für Germann überwiegend "Leerformeln" (580), d.h. Aussagen ohne Informations- und Rechtsgehalt darstellen. Der Bundesrat

(575) BBl 1968 I 1223; dazu Gygi, *Wirtschaftsverfassung*, 73 ff, der auf die Bedeutung der Richtlinien für die Formulierung der Wirtschaftspolitik des Bundes hinweist.

(576) Pfister, *Regierungsprogramm*, 13.

(577) BBl 1976 I 446.

(578) BBl 1968 I 1204; Germann, *politische Innovation*, 177 f; Mastronardi, *Menschenwürde*, 183 f.

(579) Schürmann, *Richtlinien*, 412.

(580) Germann, *aaO*, 178, in Verbindung mit 22 f.

qualifiziert sie als "einseitig planenden Regierungsakt mit beschränkter Durchsetzbarkeit" (581); dies erlaubt grundsätzlich den Schluss auf einen bloss minimalen Grad rechtlicher Verbindlichkeit (582).

Die Kontrolle durch Öffentlichkeit und Parlament (583) ist in GVG Art. 45 bis und 45 ter vorgesehen. Der Bundesrat wird verpflichtet, zu Beginn einer jeden Legislaturperiode über den Vollzug der Richtlinien und des Finanzplans (584) Bericht zu erstatten. Allerdings ist dem Parlament die Befugnis zur formellen Genehmigung bzw. zur Ablehnung nicht zuerkannt; seine Rolle bleibt darauf beschränkt, von den beiden Planungsberichten lediglich zustimmend oder ablehnend Kenntnis zu nehmen (585). Die Genehmigungsbefugnis dagegen hätte eine Vermengung der Gewalten zur Folge, würde doch das Parlament über seine Kompetenzen und faktischen Einflussmöglichkeiten hinaus gebunden (586). Im übrigen erstattet der Bundesrat gemäss GVG 45 quater in der Mitte der Legislaturperiode einen "Zwischenbericht über

(581) BBl 1972 I 1026.

(582) Zur Diskussion des vorausgesetzten Rechtsbegriffs, der für die Lösung des Problems massgebend ist, vgl. Müller, Grundrechte, 779 f mit Hinweis auf P. Trappe, Zur Situation der Rechtssoziologie, Tübingen, 1968.

(583) Darauf weist auch Schürmann, Richtlinien, 411, hin; zu den Richtlinien als Kontrollinstrument auch Pfister, aaO, 349 ff.

(584) Beteiligung des Parlamentes erst am Ende des Planungsprozesses wird kritisiert von Grimm, aaO, 523. Will man diesem Mangel begegnen, wird automatisch die Frage aufgeworfen, ob sich nicht eine Veränderung der Kompetenzen zwischen Parlament und Regierung und damit des ohnehin angeschlagenen Gewaltentrennungsschemas aufdränge, vgl. Grimm, aaO, 523 ff, bes. 524.

(585) BBl 1978 II 854. Germann, politische Innovation, 178, stuft den Wert der Richtlinien deshalb gering ein; sie seien "eigentlich für niemanden verbindlich".

(586) Linder, Hotz, Werder, Planung, 213 .

Abweichungen von den Richtlinien der Regierungspolitik". Dafür entfällt der Rechenschaftsbericht am Ende der Legislatur.

Die Zuerkennung des Rechtscharakters im weitesten Sinn hängt letztlich davon ab, wie man diese Kontrollmöglichkeit bewertet und die Stellung des Parlamentes beurteilt. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Schutz normativer Weisungen nicht nur durch gerichtliche Ueberprüfung oder Verwaltungszwang erreichbar ist (587), sondern auch durch die weniger durchschlagskräftige Parlamentskontrolle (588). Diese bezieht sich jedoch auf die überwiegend politische Verantwortlichkeit des Bundesrates für die Richtlinien und den Finanzplan und entbehrt weitgehend einer wirksamen Sanktion (589).

Hieraus zeichnet sich die Gefahr ab, dass Transparenz und Kontrolle immer stärker hinter der Effizienz der Regierungstätigkeit, die sich auf einen gewaltigen Fundus an Expertenwissen stützen kann, zurücktreten (590).

Dieser Gesichtspunkt ist im Hinblick auf materielle Bedeutung und normativen Gehalt der Staatszielbestimmungen im Auge zu behalten: in jenem Zusammenhang stellt sich die Frage nach der rechtlichen Natur bzw. der rechtlichen Verbindlichkeit in vergleichbarer Weise, will man nicht im blossen Antagonismus von Norm und Programm bzw. Deklamation verharren, um sich eine differenzierte Bewertung der Staatszielbestimmungen zu ersparen (591).

(587) Müller, Grundrechte, 779.

(588) Ebenso Pfister, aaO, 358 f.

(589) Pfister, aaO, 359, 290 ff; Germann, politische Innovation, 178, hält sie für praktisch inexistent.

(590) Grimm, aaO, 522.

(591) Vgl. dazu I. Teil/II, B.5.b. sowie die entsprechenden Stellen im zweiten und dritten Teil dieser Arbeit.

4. Die Bedeutung der Richtlinien als Planungsinstrument im Verhältnis zu den Staatszielbestimmungen der Verfassung

Die Staatszielbestimmungen sind bezüglich ihrer Funktion den Richtlinien der Regierungspolitik gegenüberzustellen; Abgesehen davon, dass sich die Richtlinien als geschlossener Text präsentieren und sich darin von der formalen Prägnanz der Verfassungsgrundsätze unterscheiden, erfüllen sie einen anderen Zweck; Die Staatszielbestimmungen vermögen die Statik der Verfassung zu durchbrechen, ohne deren Wert als Grundordnung zu schmälern, und erneuerten Inhalten zugänglich zu machen. Diese *O e f f n u n g* der Verfassung wird *e r g ä n z t* durch die Richtlinien. Mit Hilfe dieses Führungsinstruments (592) vermag der Bundesrat in geänderter Fragestellung alle vier Jahre brennende soziale, wirtschaftliche oder technische Fragen aufzunehmen, für die ein Regelungsbedürfnis (593) besteht. Es wäre verfehlt, in der Veröffentlichung der Richtlinien im allgemeinen und der Verwendung des Zweckartikels im besonderen eine Abwertung der Verfassung zu erblicken (594). Vielmehr sind die "Richtlinien als Instrument der Rechtsplanung" geeignet, "den raschen Wandel der Herausforderungen, Aufgaben, Sachzwänge, Ansprüche, denen das Gemeinwesen heute wohl oder übel antworten muss, zu begegnen"(595). In der Möglichkeit rascher Anpassung an den gesellschaftlichen Wandel liegt somit eine *E n t l a s t u n g* der Verfassung. Der Einsatz der Richtlinien kommt auf zwei Ebenen zur Geltung: Die Problem-

(592) BBl 1976 I 444; BBl 1978 II 853, 854; Betonung der politischen Führung auch durch Grimm, aaO, 522, mit Literaturhinweisen.

(593) Dazu und zum folgenden Müller, Grundrechte, 789 ff.

(594) Diese Folgerung ergibt sich insbesondere dann, wenn man am "Eingriffsdenken" festhält; Grimm, Grundgesetzreform, 520.

(595) Müller, Grundrechte, 778 f.

erkenntnis bestimmt den Kreis der lösungsbedürftigen Probleme, während die Problemauswahl innerhalb dieses Kreises eine Prioritätsordnung (596) setzen muss.

Gerade hier liegt ein Ansatzpunkt der Kritik (597), die über den Bereich der Wirtschaftspolitik hinausführt: Der überwiegend problemorientierte Ansatz verhindert einen echten Zielbindungsprozess (598). Ueberdies fehlen qualifizierbare Ziele (599), selbst wo solche möglich wären. Eine messbare Erfolgskontrolle kann deshalb nicht vorgenommen werden. Ebenso sehr ermangelt es einer Zielkonflikt-Analyse (600) auf der Basis des magischen Fünfecks (601), welche die Grundlage

(596) Grimm, aaO, 518; GVG 45 bis I (Rev. 1970); auch GVG 45 bis I (Rev. 1979).

(597) Etwa durch Wittmann, Zielfkonflikte, 143 ff, bes. 152 ff, dem weitgehend zuzustimmen ist.

So auch Youssef, Konjunkturpolitik, 23; ähnlich Pfister, Regierungsprogramm, 356; Germann, politische Innovation, 178; Mastronardi, Menschenwürde, 187, Anm. 24.

(598) Wittmann, aaO, 155, 158. Demgegenüber hält der Bundesrat einen überwiegend zielorientierten Ansatz für gesamtstaatliche Planung nach wie vor für untauglich, weil keine erprobten Verfahren für die Bewältigung von Zielkonflikten zur Verfügung stünden (BB1 1978 II 857 f).

(599) Wittmann, aaO, 156.

(600) Wittmann, aaO, 156 f; dazu auch Youssef, aaO, 20 ff.

(601) Dazu Wittmann, 146 ff; die Ziele des magischen Fünfecks sind Vollbeschäftigung, Wirtschaftswachstum, Preisstabilität, aussenwirtschaftliches Gleichgewicht und gerechte Einkommensverteilung. "Magisch" deshalb, weil die angestrebten Teilziele sich teilweise widersprechen, also nicht gänzlich unter einen Hut zu bringen sind. Zu den magischen Vielecken allgemein Youssef, aaO, 14 ff; Gygi, aaO, 86 ff; Huber, wirtschaftspolitische Ziele, 35. In der BRD verfolgt dieses Ziel GG Art. 104 IV und darauf abgestützt das "Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums in der Wirtschaft"; vgl. dazu den gleichnamigen Kommentar von Stern, Münch, Hansmeyer, 2.A., 1972.

für eine mehr als intuitive Prioritätsordnung bieten könnte.

Bezogen auf das Verhältnis von Richtlinien zu Staatszielbestimmungen ergeben sich daraus folgende Konsequenzen: Beiden ist gemeinsam, dass sie in die Zukunft gerichtet sind. Staatszielbestimmungen formulieren dauernde, die Richtlinien mittelfristige und ausserdem "ausgesprochen trendbestimmte" (602) Ziele und Entwicklungstendenzen.

Trotz der unterschiedlichen Art, die Ziele verbaliter festzuhalten, fehlt generell eine Quantifizierung und damit die Möglichkeit der Erfolgskontrolle. Das ist nichts Aussergewöhnliches im Falle der Staatszielbestimmungen des Verfassungsrechts. Abgesehen davon würde BV Art. 113 III eine Ueberprüfung der dort erwähnten Erlassformen ausschliessen. Bei den Richtlinien stellt die fehlende Quantifizierung der Ziele jedoch einen erheblichen Mangel dar.

Die Gegenüberstellung von Richtlinien und Staatszielbestimmungen deckt als Hauptproblem das Verhältnis von Exekutive und Legislative auf, da sich im Bereich von Planungsvorgängen "keine zureichende Abgrenzung formaler Art zwischen Rechtssetzung und -anwendung im Sinne einer Kompetenzvermutung ... mehr ergibt" (603). Zielformulierung und Planung gehen mehr und mehr an Regierung und Verwaltung (604) über, was indessen nicht

(602) Wittmann, Zielkonflikte, 155.

(603) Linder, Planung und Verfassung, 378.

(604) Betonung der Richtlinien als Führungsinstrument der Exekutive neuerdings in BBl 1978 II 854; so auch Linder, Planung und Verfassung, 382. Zum stärkeren Gewicht der Exekutive Gygi, Wirtschaftsverfassung, 147; Müller, Grundrechte, 805 f, der überdies auf die Abwertung des Budgetrechts des Parlamentes hinweist, die durch den Finanzplan als "Instrument prospektiver Planung" verursacht werde (aaO, Anm. 368).

bloss an der Planung liegt, sondern ebenso sehr am Ausbau des Leistungsstaates (605). Die Rolle des Parlamentes kann nur dann aufgewertet werden, wenn das Verfahren der Entscheidungsvorbereitung durch die Exekutive einen Spielraum offen lässt, welcher die demokratische Teilnahme des Volkes durch seine gewählten Vertreter erlaubt (606). Das bedeutet Staatsleitung durch Regierung und Parlament gemeinsam, gewissermassen zu gesamter Hand. Ist dem Parlament erst am Schluss des Entscheidungsprozesses Gelegenheit geboten, sich billigend oder ablehnend zu äussern (607), gerät es unter den Druck von Sachzwängen. Es verliert insbesondere die Beteiligung an der Evaluation von Alternativen und Entscheidungsvarianten (608). Die Verfassung wird insoweit zu einem Instrument der Planung, als sie den Anstoss zur Neuerung aus den von der Exekutive ausgearbeiteten mittelfristigen Zielen empfängt (609).

(605) Linder, Hotz, Werder, Planung, 190; Linder, aaO, 386.

(606) Linder, aaO, 379, 386. Vgl. dazu die kritischen Erwägungen bei Noll, Gesetzgebungslehre, 107: Der Gesetzgeber sollte vermehrt in die Lage versetzt werden, über g r u n d s ä t z l i c h v e r s c h i e d e n e Problemlösungsvorschläge zu befinden.

(607) Müller, Grundrechte, 786 ff, allgemein zur politischen Planung, 800 f; Stärkung der Exekutive, 805; ebenso Gygi, Wirtschaftsverfassung, 178 f.

(608) Müller, aaO, 802.

(609) Müller, aaO, 777, 784, 790; vgl. dazu auch BBl 1972 I 1027 sowie BBl 1969 II 1319: "Planung der Staatstätigkeit ist primär Planung der Verfassungs- und Gesetzgebung". Diese Tendenz erkennt Müller G., Inhalt und Formen, 135 f, und weist darauf hin, dass die Verfassung sich deshalb der Planung annehmen und deren wesentliche Ziele bestimmen müsse.

2. TEIL: S T A A T S Z I E L B E S T I M M U N G E N
 I N D E R B U N D E S V E R F A S S U N G

I. STAATSZIELBESTIMMUNGEN UND WIRTSCHAFTSVERFASSUNG

Auf Begriff und Inhalt der Wirtschaftsverfassung ist im folgenden deshalb näher einzutreten, weil Art. 31 bis Abs. 1 BV dem von der Wirtschaftsverfassung abgesteckten Rahmen formell zugehört, wenn auch materiell die Bedeutung des Wohlfahrtsartikels als Staatszielbestimmung weiter reicht. In noch stärkerem Mass gilt dies für denjenigen Teilaspekt des Zweckartikels (Art. 2 BV), welcher die allgemeine Wohlfahrt zum Staatsziel erklärt.

A. BEGRIFFLICHES

1. Die Wirtschaftsverfassung: Begriff

a. Einschränkung

Gegenstand der folgenden Erwägungen ist ausschliesslich die Wirtschaftsverfassung im juristischen Sinne. Auf den soziologischen und wirtschaftstheoretischen Begriff der Wirtschaftsverfassung ist hier nicht einzutreten (1).

b. Charakterisierung

Ausgehend von der Verfassung als der Grundordnung der politischen und gesellschaftlichen Gemeinschaft hat die Trennung von Staat und Gesellschaft für überwunden zu gelten; für deren Verhältnis erweist sich der Begriff der Wechselwirkung (2) als zutreffend.

Demnach steckt die Verfassung durch die in ihr enthaltenen materialen Wertentscheidungen einen Rahmen ab, worin die Wirtschaft, beherrscht von den selben materialen Grundprinzipien wie die Verfassung, sich entwickelt (3). Die grundsätzlichen Wertentschei-

(1) Vgl. dazu die gründlichen Ausführungen bei Christen, Wirtschaftsverfassung, 201 ff.

(2) Vgl. vorne, 1. Teil, I.B.2., 3..

(3) Christen, aaO, 220 f; Youssef, Konjunkturpolitik, 94 f.

dungen der Verfassung gelten also auch für den Bereich der Wirtschaft. Die Wirtschaftsverfassung im juristischen Sinne besteht folglich aus den auf die Wirtschaft bezogenen Bestimmungen mit Verfassungsrang (4).

Um den Eindruck zu vermeiden, es werde eine bestimmte, in sich geschlossene Wirtschaftsverfassung ausgesondert (5), die auf dem Gegensatz von Staat und Gesellschaft beruhe und einen staatsfreien Raum auszusparen suche, würde man mit Scheuner wohl besser von der "verfassungsrechtlichen Ordnung der Wirtschaft" (6) sprechen. Unrichtig wäre es, unter dem Begriff Wirtschaftsverfassung alle wirtschaftsrechtlich relevanten Bestimmungen der Rechtsordnung zu verstehen (7). Die Institutionalisierung eines bestimmten wirtschaftlichen Koordinationssystems (8) bleibt damit offen. Das heisst, es wird durch den Begriff der Wirtschaftsverfassung keines der idealtypischen Modelle wie Wettbewerb, Plan oder Gruppen vereinbarung präjudiziert.

(4) So im Ergebnis und überwiegend die neuere Lehre, z.B. Christen, aaO, 220 ff, 226 f; Youssef, aaO, 95 f; Schluep, Wirtschaftsrecht, 77 ff; Merz, Privatrechtliche und öffentlichrechtliche Ordnungen: Spiegelungen eines einzigen Leitgedankens, in: Schweizerische Wirtschaftspolitik zwischen gestern und morgen, Festgabe zum 65. Geburtstag von Hugo Sieber, 33; Burkhard, Funktionen, 75; u.a..

(5) Ablehnend auch Gygi, Wirtschaftsverfassung, 26.

(6) Scheuner, Einführung, 22 ff; Burkhard, Funktionen, 75 f.

(7) Christen, aaO, 216 ff; Youssef, aaO, 95; Gygi, Wirtschaftsverfassung, 102, beruhend auf H.F. Zacher, Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, in: FS für Böhm, 63 ff; Huber, wirtschaftspolitische Ziele, 7 f; ferner Müller, Grundrechte, 762 ff.

(8) Vgl. zu den Koordinationssystemen Schluep, Wirtschaftsrecht, 77 ff; ferner Youssef, Konjunkturpolitik, 84 f; ausführlich Christen, aaO, 19 ff.

2. Der Begriff der Sozialverfassung

a. Definition

Analog zum Begriff der Wirtschaftsverfassung hebt sich die Sozialverfassung von der Summe der Verfassungsbestimmungen ab: Als Sozialverfassung bezeichnen wir denjenigen Bereich der Verfassung, der "auf Verwirklichung der Sozialpolitik gerichtet ist" (9).

b. Charakterisierung

Ebensowenig wie im Bereich der verfassungsrechtlichen Ordnung der Wirtschaft wird durch die Sozialverfassung ein Bereich staatsfreier, allein der Gesellschaft überlassener Sozialgestaltung ausgespart. Im Gegenteil: Die Normen und Grundsätze der formellen Sozialverfassung greifen einerseits mittelbar als Kompetenznorm, oder aber unmittelbar sozialgestaltend ein, soweit die Verfassung Gestaltungsaufträge an den Gesetzgeber ausdrücklich enthält (10), bzw. soweit in jeglicher Kompetenznorm ein Gestaltungsauftrag zu erblicken ist (11).

Die grundsätzliche Abkehr von der strikten Trennung von Staat und Gesellschaft impliziert eine Sozialpolitik, die sich nicht

(9) Müller, Grundrechte, 759. Zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen der Sozialgesetzgebung Schweingruber, Sozialgesetzgebung, 81 ff.

(10) Beispiele etwa 34 bis, 34 quater, 34 sexies, 34 septies, auch 34 quinquies IV: Ein Auftrag, der vom Gesetzgeber bis jetzt nicht wahrgenommen wurde. Schweingruber, aaO, 85, 107 f.

(11) Vgl. vorne, 1. Teil/II.B.4.a., c. und d..

auf punktuell korrigierende Eingriffe bei Notlagen im Einzelfall beschränken kann (12). Das Gemeinwohl stellt sich nicht automatisch kraft individueller Fähigkeit und Gestaltungsvermögens ein; ebenso bedeutsam sind die Leistungen, die durch den Sozialstaat erbracht werden: Er stellt ein Ordnungsgefüge bereit, das dem Individuum die nötigen Mittel und Einrichtungen vermittelt, um die formell gewährte Freiheit materiell ausnützen zu können (13).

Der Bereich der Sozialverfassung ist nicht eindeutig bestimmbar; Sozialwirkungen zeigen sich weit über die traditionellen sozialpolitischen Gegenstände wie etwa die Sozialversicherung (14) hinaus, z.B. im Bereich der Raumplanung, der Steuern und der Grundrechte. Man denke dabei an das Einfließen von Grundrechtsgehalten in privatrechtliche Generalklauseln im Rahmen der indirekten Horizontalwirkung oder allgemeiner an die Zielsetzung des konstitutiv-institutionellen Grundrechtsverständnisses.

Daraus ist zu folgern, dass zwischen Sozial- und Wirtschaftsverfassung im Sinne der obigen Definitionen eine enge Beziehung besteht. Die beiden Problemkreise sind einander in mancherlei Hinsicht komplementär; sie durchdringen sich gegenseitig (15).

(12) Müller, Grundrechte, 759 ff.

(13) Vgl. dazu Stern, Staatsrecht, 710 ff. In diesem Sinn ist der Sozialstaat Leistungs- und Gewährleistungsstaat (dazu Martens, Leistungsstaat, 29 ff; Häberle, Leistungsstaat, 45 ff), der dem Bürger einen gesicherten "status positivus socialis" vermitteln will (Begriff bei Häberle, aaO, 80 ff).

(14) Vgl. dazu ausführlich Stern, Staatsrecht, 694 ff, der u.a. vom Aufbau einer sozialen Infrastruktur spricht (694).

(15) Gygi, Wirtschaftsverfassung, 141; ähnlich. Christen, Wirtschaftsverfassung, 283; Müller, Grundrechte, 761; Schluep, Wirtschafts- und Sozialverfassung, 339 f; Youssef, aaO, 117, führt den Nachweis anhand der Kulturpolitik.

Dem Bedürfnis nach quantitativem und vermehrt auch qualitativem Wachstum auf der Seite der Wirtschaft stehen Leistungsforderungen nicht wirtschaftlicher Natur an den Staat gegenüber, das Bedürfnis nach "realer Entfaltungsmöglichkeit im politischen, gesellschaftlichen und privaten Raum" (16).

(16) Müller, Grundrechte, 762, unter Hinweis auf die Richtlinien der Regierungspolitik (BB1 1972 I 1048, 1071).

B. INHALT UND AUFGABE DER WIRTSCHAFTSVERFASSUNG

1. Das traditionelle Wirtschaftsverfassungsdenken

a. Vorbemerkung

Die überaus reichhaltige Literatur zum gesamten Komplex der Wirtschaftsverfassung bzw. der Handels- und Gewerbefreiheit rechtfertigt eine stark geraffte Darstellung. Mehr Gewicht verdienen im Rahmen dieser Arbeit die Bestrebungen zur Weiterentwicklung des Wirtschaftsverfassungsdenkens namentlich durch Gygi und Christen. Sie werden den Erörterungen über die Stellung von Wohlfahrts- und Zweckartikel als Einstieg und Grundlage dienen.

b. Die "Regel-Ausnahme-Konzeption" als Ausdruck der HGF-zentrierten Wirtschaftsverfassung

Die herkömmliche Lehre stellt die Handels- und Gewerbefreiheit (17) ins Zentrum der Wirtschaftsverfassung. Sie geht von der Trennung von Staat und Gesellschaft aus (18) und vertraut auf die Selbstregulierungskraft der letzteren. Aus dieser Haltung heraus wird jeder staatliche "Eingriff" in die Wirtschaft als Abweichung oder Ausnahme und daher grundsätzlich als ein Schritt abseits vom Pfad der Tugend betrachtet (19). Die Ausnahmen beschränken sich ausserhalb der in der BV vorgesehenen

(17) Als Synonym wird auch der Ausdruck Wirtschaftsfreiheit verwendet.

(18) Vgl. die Ausführungen im 1. Teil/I.B.2.. Wie im Text auch - anstatt vieler - Youssef, Konjunkturpolitik, 90.

(19) Kritisch anstatt vieler Saladin, Grundrechte, 407; Koller, Realisierung, 185.

Fälle auf polizeiliche und neuerdings auch sozialpolitische (20) Eingriffe, wodurch die Strapazierung des Polizeibegriffs ein Ende genommen hat (21).

c. Inhalt und ordnungspolitische Bedeutung der HGF

aa. Im Sinne der herkömmlichen Theorie

Die Bundesverfassung schützt das Recht des einzelnen Bürgers, eine beliebige privatwirtschaftliche Tätigkeit auszuüben (22).

In den Schutzbereich fallen Ausübung, Wahl und Zugang zur entsprechenden Tätigkeit; kurz, die gesamte private Erwerbstätigkeit (23). Dem Arbeitnehmer vermag die HGF jedoch wenig (24) und dem Konsumenten gar nichts zu bieten (25).

- (20) Aenderung der Rechtssprechung des Bundesgerichts BGE 97 I 499 ff (Fall Griessen); kommentiert bei Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 86 ff. - Zum Problemkreis vgl. Gysi, Die sozialpolitische Begrenzung der Handels- und Gewerbefreiheit in ihrer Bedeutung für den schweizerischen Rechtsstaat, Diss Zürich, 1977.
- (21) Dazu Saladin, Grundrechte, 222 f, 236 f; Gygi, Wirtschaftspolitik, 75 f.
- (22) Vgl. dazu und zum folgenden im Sinne einer Auswahl Nef, SJK, 616, 2 ff; Fleiner/Giacometti, 282; Marti, Wirtschaftsfreiheit, 51 ff; Aubert, 644 ff, Nr. 1850 ff; Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 24 ff; sowie die Zusammenfassung bei Christen, Wirtschaftsverfassung, 47 f.
- (23) Gygi, Wirtschaftsverfassung, 99; Schürmann, aaO, 24; Fleiner/Giacometti, 283.
- (24) Freiheit der Berufs- und Arbeitsplatzwahl, Saladin, Grundrechte, 408 f; derselbe, Verfassungserneuerung, 275; Gygi, Wirtschafts- und Sozialverfassung, 362.
- (25) Gygi, Wirtschaftsverfassung, 45 f, 113, 155. Allenfalls denkbar wäre die verfassungsrechtliche Verankerung einer Konsumenten- oder Verbraucherpolitik, welche flankierend zur Wettbewerbspolitik hinzutreten hätte (aaO, 46). Marti, Wirtschaftsfreiheit, 50 f; Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 26.

Es ist strittig, in welcher Art die Handels- und Gewerbefreiheit die wirtschaftliche Tätigkeit des Einzelnen gestaltend beeinflusst (26).

Als zentral erweist sich die Frage, ob die HGF ein bestimmtes Koordinationssystem für die Wirtschaft bereithält oder ob sie lediglich die Kompetenzen zwischen Staat und Privaten abgrenzt, da die Grundentscheidung für eine freiheitliche Wirtschaft verschiedene Möglichkeiten der Ausgestaltung offen lässt (27).

Wer aus der HGF das System der freien Konkurrenz ableitet, geht gemeinhin von der Vorstellung aus, die Konkurrenzwirtschaft sei eine *n a t ü r l i c h e F o l g e* der frei sich entfaltenden Privatwirtschaft (28). Diese wird der staatlichen Planwirtschaft idealtypisch gegenübergestellt, ohne der Möglichkeit Rechnung zu tragen, dass die Koordination wirtschaftlicher Tätigkeit auch auf der Basis der Vereinbarung (29) erfolgen kann. Folglich ist eine Erfüllung der HGF mit institutionellem Gehalt (30) im Sinne eines *b e s t i m m t e n v o r g e d a c h t e n W i r t s c h a f t s s y s t e m s* (31) wie desjenigen der freien Konkurrenzwirtschaft nicht denkbar, selbst wenn der HGF gegenüber anderen Freiheitsrechten ein besonderer überhöhter Rang

(26) Christen, aaO, 248 ff.

(27) Anstatt vieler: Rieben, aaO, 53, 58; Christen, aaO, 252 ff; Burkhard, Funktionen, 28 f; Schluep, Wirtschafts- und Sozialverfassung, 358.

(28) Fleiner/Giacometti, 283 ff (auch zum folgenden); Christen, aaO, 253; dazu Marti, Wirtschaftsfreiheit, 21 f.

(29) Marti, aaO, 22; Christen, aaO, 255.

(30) Marti, aaO, 21.

(31) Gygi, Wirtschaftsverfassung, 83; skeptisch auch Häfelin, Verfassungsgebung, 117 f; a.M. Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 14, 18.

zukäme, was jedoch nicht zutrifft (32). Die HGF hebt sich nur gegenüber "strukturpolitisch-interventionistischen" Massnahmen besonders ab, aber keinesfalls im Verhältnis etwa zur Geld- und Währungspolitik (33). Vielmehr überlässt die Wirtschaftsfreiheit grundsätzlich dem Individuum die Entscheidung über seine wirtschaftliche Betätigung.

bb. Die HGF im Lichte des institutionellen Grundrechtsverständnisses

Betrachtet man die Wirtschaftsfreiheit unter dem Gesichtspunkt des institutionellen Grundrechtsverständnisses, zieht sie notwendig eine Horizontalwirkung nach sich (34). Diese Konsequenz wird von den Befürwortern der freien Konkurrenzwirtschaft längst nicht immer gezogen (35).

- (32) Auch Christen, aaO, 257; Youssef, Konjunkturpolitik, 107; Gygi, Wirtschaftsverfassung, 154; derselbe, Wirtschaftspolitik, 78 f; Huber, Wirtschaftspolitische Ziele, 19 f; derselbe, Rückblick, 65; jetzt auch BGE 99 Ia 618 ff, 620.
- (33) Gygi, Wirtschaftsverfassung, 41, 154, 156. Ein intaktes Währungssystem ist ja geradezu unabdingbare Voraussetzung für das Funktionieren einer privatwirtschaftlichen Ordnung, aaO, 41. Dazu eingehend auch Rieben, Geldpolitik, 15, 41, 55 f, 58 ff.
- (34) Saladin, Grundrechte, 310; abgelehnt von Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 15.
- (35) Vgl. aber bereits Fleiner/Giacometti, 282 ff, 286: Andeutung einer indirekten Horizontalwirkung im Sinne einer freiheitlichen Ausgestaltung des Privatrechts; Insbesondere aber Saladin, Grundrechte, 310, auch 407, 409 ff, ^{wo} jedoch eingeräumt wird, die HGF als institutionelle Garantie im Sinne der freien Konkurrenzwirtschaft habe nur noch fragmentarischen Charakter.

Aufbau und Inhalt der HGF scheinen auf ein individuell-negatives Verständnis dieses Freiheitsrechts ausgerichtet, doch ist der Tatsache Rechnung zu tragen, dass die Interdependenz zwischen Staat und Wirtschaft es verbietet, in der Einwirkung des Staates auf ganze Wirtschaftszweige und Regionen blosser Interventionen zu sehen, die grundsätzlich den Charakter von *Ausnahmen* tragen (36). Die HGF hat demnach, neben ihrer Funktion als Freiheitsrecht, als ein *Ordnungsprinzip* neben anderen zu gelten (37).

Gegen die Vorstellung von der HGF als Verkörperung des Systems der freien Konkurrenzwirtschaft (38) spricht, dass eine Fülle von wettbewerbspolitischen Eingriffen nötig wäre, um die erstrebte Konkurrenzsituation aufrecht zu erhalten (39). Diese Interventionen müssten sich zu einem grossen Teil auf Art. 31 bis III BV abstützen, eine Bestimmung, die allein nicht tragfähig genug ist, um ein ganz bestimmtes, in sich geschlossenes Wirtschaftssystem zu determinieren.

Die in Frage stehende Verfassungsvorschrift ist primär eine *Rechtssetzungskompetenz* des Bundes, wobei dieser innerhalb des Zuständigkeitsbereiches ermächtigt ist, *nötigenfalls* Regelungen zu treffen, die von der HGF abweichen (40). Das ist etwa der Fall gegenüber "volkswirtschaftlichen oder sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen". Somit stellt Art. 31 bis III

(36) Saladin, Grundrechte, 406 f.

(37) Huber, Auslegung, 2, 12; Youssef, Konjunkturpolitik, 106 f.
Allgemein zum institutionellen Grundrechtsverständnis 1. Teil/
I.C.2.c..

(38) Dazu zusammenfassend Saladin, Grundrechte, 406 f.

(39) Rieben, Geldpolitik, 55; Burkhard, Funktionen, 68 f;
Christen, Wirtschaftsverfassung, 256.

(40) Formuliert in Anlehnung an Gygi, Wirtschaftspolitik, 77 f;
auch Gygi, Wirtschaftsverfassung, 110; Huber, Rückblick, 63.

lit. d. nur einen Vorbehalt gegen Kartell a u s w ü c h s e (41) dar, geht also von der grundsätzlichen Zulässigkeit der Kartelle (42) aus. Ein Kartellverbot wäre aber gerade die Konsequenz, welche die freie Konkurrenzwirtschaft zu ziehen erfordert (43). Dadurch würde das Verhältnis der Bürger unter sich insofern beschlagen, als die Privatautonomie unter dem Vorbehalt der Wettbewerbskonformität stünde.

Diese vermeintliche Ungereimtheit zwingt dazu, die beiden Theorien einander gegenüberzustellen.

cc. Freie Konkurrenz und privatautonome Wirtschaftsgestaltung in ihrem gegenseitigen Verhältnis

Erscheint auf den ersten Blick der Unterschied zwischen privatautonomer Wirtschaftsgestaltung und Wettbewerbswirtschaft evident, so kommt man doch, wie Christen dargetan hat (45) bei näherem Zusehen zu einem anderen Ergebnis:

Die Konfusion beruht auf einer unterschiedlichen Deutung des Begriffes der Konkurrenzwirtschaft in der Rechts- und Wirtschaftswissenschaft (46): Die freie Konkurrenz ist unter volkswirtschaftlicher Betrachtungsweise identisch mit der Garantie

(41) So auch Gygi, Wirtschaftspolitik, 81; Gygi, Wirtschaftsverfassung 111 f, 114; Schürmann, Wirtschaftsverfassungsrecht, 279; Schluemp Grundzüge des Entwurfs der Expertenkommission, 66.

(42) Marti, aaO, 22; Christen, Wirtschaftsverfassung, 257 f.

(43) Marti, aaO, 22.

(44) Die Begriffe Konkurrenzwirtschaft und Wettbewerbswirtschaft sind als Synonyme zu betrachten.

(45) Christen, Wirtschaftsverfassung, 252 ff.

(46) Christen, aaO, 255.

der privatautonomen Wirtschaftsgestaltung (47). Darin ist die vertragliche Aufhebung der Konkurrenz als Möglichkeit eingeschlossen (48).

Die HGF gewährleistet sowohl Wettbewerbs- als auch grundsätzliche Kartellfreiheit (49), weil eben nur die Auswüchse der letzteren mit einem Verbot belegt sind. Es gilt dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftssubjekte den Wettbewerb nicht g ä n z l i c h beseitigen (50).

Bei dieser Auslegung der HGF bestehen zwischen der Garantie der privatautonomen Wirtschaftsgestaltung und der Konkurrenzwirtschaft keine sachlichen Differenzen. De facto läuft das auf die Ansicht von Gygi hinaus, der, ausgehend von der HGF als dem Grundsatz der freien Konkurrenz, im Hinblick auf Art. 31 bis III lit. d. BV, die Konzeption des m ö g l i c h e n W e t t - b e w e r b s (51) verteidigt und richtig feststellt, dass sich diese Erkenntnis und die entsprechende Wettbewerbspolitik bereits aus den institutionellen Verständnis der Grundrechte ergebe (52).

Der Versuch, das klassische Denkmodell, beruhend auf der "Regel-Ausnahme-Konzeption", um eine institutionelle Komponente zu erweitern, vermag aber der HGF nicht ihren zentralen Platz im Rahmen der Wirtschaftsverfassung zu garantieren (53).

(47) Christen, aaO, 254 f mit Hinweis auf de Capitani W., Interventionismus, 47; de Capitani S., Befugnisse, 71; zustimmend Youssef, Konjunkturpolitik, 89 f.

(48) De Capitani W., aaO, 71.

(49) Christen, aaO, 253, 257; Allemann, Säule, 2.

(50) Gygi, Wirtschaftspolitik, 80 f.

(51) Gygi, Wirtschaftspolitik, 80 f; derselbe, Wirtschaftsverfassung, 165.

(52) Gygi, Wirtschaftspolitik, 81.

(53) Gygi, Wirtschaftsverfassung, 150.

Die HGF fügt sich als ein objektiver Grundsatz (54) unter vielen gleichrangig neben andere Prinzipien als Element einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung in die Verfassung ein. Wie jedes andere Freiheitsrecht enthält die HGF das "Ordnungsversprechen", wonach der Staat einen freiheitlichen Zustand gegen die Bedrohung durch die Handlungsweise Privater zu sichern hat (55). Demzufolge erscheinen staatliche "Eingriffe" nicht als unzulässige Beschränkungen der Freiheit, sondern als Ergebnis einer von Fall zu Fall vorzunehmenden Interessenabwägung (56).

Aus den oben stehenden Erwägungen ist zu folgern, dass die HGF weder eine eindeutige Option für privatautonome Wirtschaftsgestaltung (57) noch für den Wettbewerb enthält. "Vielmehr haben Privatautonomie und Wettbewerb nebeneinander Bestand, freilich nicht als absolute Positionen, sondern indem neben einer durch Verfassungs- und Rechtsgrundsätze begrenzten Vertrags-

- (54) Gygi, Wirtschaftspolitik, 81; Burkhard, Funktionen, 78 f; Müller, Grundrechte, 769; noch weiter gehend Saladin, Grundrechte, 241.
- (55) So auch Youssef, aaO, 106. - Der Staat ist insofern für "einen freiheitlichen Zustand zu sorgen verpflichtet, als die Freiheit des Einzelnen durch die Handlungsweise anderer Privater ernstlich bedroht wird"; Gygi, Wirtschaftspolitik, 81.
- (56) Youssef, aaO, 107. Von der selben Ueberlegung geht auch etwa Fleiner, Rechtsgutachten, 249 f, bezüglich des Verhältnisses der HGF zum Umweltschutzartikel aus. Es stünden sich verschiedene einander gleichgestellte Interessensphären gegenüber, folglich sei es nicht einzusehen, warum der Auftrag, über den Umweltschutz zu legiferieren, durch die dominante Gewichtung der HGF vereitelt werden sollte (aaO, 250).
- (57) Vgl. anstatt vieler Aubert, Traité, No. 1928; Christen, aaO, 252 ff; Nef, SJK 616, 4; Marti, Wirtschaftsfreiheit, 22 f.

freiheit ein optimaler Wettbewerbszustand herrscht, ohne dass die Anforderung einer reinen Konkurrenzwirtschaft aufgestellt würde"(58). Die HGF präjudiziert kein bestimmtes Modell auf Verfassungsstufe (59), sondern enthält lediglich das Bekenntnis zu einer freiheitlich organisierten Wirtschaft (60); im übrigen ist sie im Kontext der gesamten Verfassung zu betrachten. Die Schranken für deren Ausgestaltung ergeben sich aus den "für den Gesamtbereich der Gemeinschaft verbindlichen Werten der Verfassung"(61), seien dies allgemeine Rechtsgrundsätze, Grundrechte oder Staatszielbestimmungen. Folglich kann auch die Wirtschaftsverfassung nicht ein bestimmtes System verkörpern, "ist sie doch von den gleichen polaren Prinzipien beherrscht" (62) wie die Verfassung als ganzes. In diesem Sinne kann man von einer "offenen Wirtschaftsverfassung" (63) sprechen. Zunächst bedeutet dies, dass sich die Ausführungsgesetzgebung selbstverständlich (64) an den in der Verfassung abgesteckten Rahmen zu halten hat. Dem steht nicht entgegen, in Wohlfahrts- und Zweckartikel, verbunden mit den überwiegend um die HGF gruppierten

(58) Gygi, Wirtschaftspolitik, 82. So im Ergebnis auch Rieben, Geldpolitik, 54 f.

(59) Christen, aaO, 259. -Die privatautonome Wirtschaftsgestaltung impliziert die Vertragsfreiheit, die auf Gesetzesebene in OR 19 enthalten ist. Vgl. de Capitani W., Interventionismus, 48, mit weiteren Hinweisen; ebenso Saladin, Grundrechte, 269 ff; Anderswohl Tuchfeldt, wirtschaftspolitische Ziele, 52 ff, der in der HGF die ordnungspolitische Grundnorm erblickt.

(60) Christen, aaO, 245; Rieben, Geldpolitik, 53.

(61) Christen, Wirtschaftsverfassung, 227; Schluep, Wirtschafts- und Sozialverfassung, 353.

(62) Burkhard, Funktionen, 79 ff, bes. 80; vgl. zur Frage des Wertsystems auch 1. Teil/I.C.2.f.aa. und cc..

(63) Christen, Wirtschaftsverfassung, 221 ff, 227, 303; gefolgt von Youssef, Konjunkturpolitik, 95 f.

(64) Gygi, Wirtschaftsverfassung, 83.

wirtschafts- und sozialpolitischen Kompetenzbestimmungen (65) grundlegende Wertentscheidungen zu erblicken (66/67). Sie enthalten Ziel und Auftrag, eine "marktorientierte und sozialverpflichtete Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung" (68) zu verwirklichen.

2. Die Weiterentwicklung des Wirtschaftsverfassungsdenkens

a. Grundlegung

Die Weiterentwicklung des Wirtschaftsverfassungsdenkens muss bei der oben gewonnenen Erkenntnis einsetzen, dass die Wirtschaftsverfassung im Sinne einer Richtlinie zwar freiheitlich determiniert ist, aber kein bestimmtes Koordinationsmodell induziert (69).

Im folgenden sind die Ziele und einzelnen Bestandteile der aktuellen Wirtschaftspolitik hervorzuheben und anschliessend ist zu prüfen, ob sie eine Grundlage in der Verfassungsordnung finden. Insbe-

(65) Vgl. etwa die Darstellung bei Schluep, Wirtschafts- und Sozialverfassung, 357 ff; sowie ausführlich Schweingruber, Sozialgesetzgebung, 65 ff, 91 ff, 107 ff.

(66) Dazu allgemein Christen, Wirtschaftsverfassung, 137; bezüglich BV Art. 2 und 31 bis, 147 ff.

(67) Scheuner, Einführung, 26. Es kann sich so verhalten, dass "eine Verfassung bestimmte Elemente wirtschaftlicher Ordnung enthält, die kein spezielles Wirtschaftssystem festlegen, aber doch einen Rahmen schaffen, der der wirtschaftlichen Entwicklung bestimmte Massstäbe und Grenzen setzt".

(68) Gygi, Wirtschaftsverfassung, 84, 149.

(69) Zusammenfassend Christen, Wirtschaftsverfassung, 314 ff; Schluep, Wirtschafts- und Sozialverfassung, 358 ff.

sondere ist der Tatsache Rechnung zu tragen, dass sowohl Formulierung als auch die Verwirklichung der Ziele der Wirtschaftspolitik "nicht nur Sache des Gesetzgebers, sondern (auch) der Verwaltung, ... und namentlich der Regierung " sind (70).

b. Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftspolitik

aa. Definition: Wirtschaftspolitik

Der Wirtschaftspolitik zuzuordnen sind alle staatlichen Massnahmen, die, indem sie die Wirtschaft beeinflussen, die Aufteilung der drei bekannten Koordinationstypen im Sinne der "mixed economy" (71) vornehmen (72) und die Verantwortung des Staates für eine bestimmte Wirtschaftsordnung umschliessen (73).

bb. Die mangelhafte Verankerung der Wirtschaftspolitik in der HGF

Kann die Idee von der staatsfreien Wirtschaft als überwunden gelten, so ist doch die Wechselbeziehung zwischen Wirtschaftspolitik und Verfassung näher zu beleuchten.

Auszugehen ist von der Tatsache, dass der Begriff der Wirtschaftspolitik in der Bundesverfassung in keinem Zusammenhang

(70) Gygi, Wirtschaftsverfassung, 147, auch 178.

(71) Zum gemischten Wirtschaftssystem auch Gygi, Wirtschaftsverfassung, 81 f, 98.

(72) Schluep, Wettbewerbspolitik, 95; Formulierung in Anlehnung an denselben.

(73) Gygi, Wirtschaftsfreiheit und Wirtschaftsordnung im Verfassungsentwurf, 104. Ähnlich auch Koller, Realisierung, 183.

erscheint (74). Damit ist die Frage offen, "welche Wirtschaftspolitik des Bundes in der Privatwirtschaftsordnung betrieben werden darf" (75). Sie lässt sich nicht mit einem Hinweis auf den Gehalt der Wirtschaftsfreiheit beantworten, weil dieser durch die HGF allein nicht genügend bestimmt ist (76).

Indizien für die Leitbilder der t a t s ä c h l i c h e n Wirtschaftspolitik lassen sich aus den Richtlinien der Regierungspolitik (77) gewinnen. Nach einem problemorientierten Ansatz aufgebaut (78) enthalten sie primär einen Aufgabenkatalog der als vordringlich eingestuft Probleme. Die Richtlinien sind bezüglich ihrer haushaltsrelevanten Bereiche mit dem mittelfristigen Finanzplan verknüpft (79), der ihren finanziellen Rahmen absteckt. Allerdings vermögen sie ihre eigentliche Aufgabe nur beschränkt zu erfüllen, da sie weder einen echten Zielbindungsprozess noch die Möglichkeit einer Erfolgskontrolle garantieren (80). In den Richtlinien für 1975-1979 erstrecken sich die anvisierten Tätigkeiten im Bereich von Wirtschaft und Gesellschaft (81) auf einen weit gefächerten Themenkreis, der sich von Wirtschaftspolitik über Wirtschaftsrecht, Finanzen, soziale Wohlfahrt, Bevölkerung und Arbeit bis zur Aussenwirtschaftspolitik (82) erstreckt.

(74) Gygi, Wirtschaftsverfassung, 39.

(75) Gygi, aaO, 40 f.

(76) Rieben, Geldpolitik, 60.

(77) Vgl. dazu vorne deren eingehende Behandlung unter 1. Teil/II.E.. - Gygi, Wirtschaftsverfassung, 84.

(78) Richtlinien 1975-1979, BB1 1976 I 444 ff, 447.

(79) BB1 1976 I 444 ff; BG über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes vom 4. Oktober 1974 (SR 611.01), Art. 1 II lit. e; vgl. dazu Müller, Grundrechte, 804 ff.

(80) 1. Teil/II.E.4..

(81) BB1 1976 I 483 ff.

(82) BB1 1976 I 459 ff, 467.

Diese Fülle von Themen, deren Wahl einerseits von Sachzwängen, andererseits von geänderten Wertvorstellungen diktiert ist, - was J.P. Müller schon für die Sozialverfassung festgestellt hat (83), - bilden den Ausgangspunkt für die Formulierung von Aufgaben, die der Verwirklichung durch Verfassung und Gesetzgebung harren.

Die betreffenden Materien bzw. wirtschaftspolitischen Aufgaben werden bei weitem nicht von der HGF abgedeckt, noch können oder dürfen sie von der HGF als Zentrum oder Inbegriff der Wirtschaftsverfassung aus betrachtet werden (84). Aus der Sicht der Träger der HGF kommt man zum gleichen Ergebnis: Sie ist überwiegend auf die selbständige Erwerbstätigkeit ausgerichtet (85); als Individualrecht ist sie also nur für einen kleinen Teil der aktiven Bevölkerung (86) realisierbar.

cc. Folgerungen

Deutlich ergibt sich aus obigen Darlegungen, dass Wirtschafts-, Sozial- und Arbeitsverfassung als ein Gesamtzusammenhang zu begreifen sind. Umso augenfälliger wird es, dass der Stellenwert, den die HGF in der verfassungsrechtlichen Ordnung der Wirtschaft einnimmt, geringer zu veranschlagen ist, als bis anhin überwiegend angenommen. Sie steht als ein Pfeiler im

(83) Müller, Grundrechte, 783 ff.

(84) Youssef, Konjunkturpolitik, 120 f; Huber, wirtschaftspolitische Ziele, 19 f; Huber, Rückblick, 65.

(85) Marti, Wirtschaftsfreiheit, 20 ff; Gygi, Wirtschaftsverfassung, 154 f.

(86) Saladin, Grundrechte, 408 f; derselbe, Verfassungserneuerung, 275; zustimmend auch zum folgenden, Müller, Grundrechte, 894 ff; vgl. ausserdem vorne, 2. Teil/I. B.I.c.aa..

Verfassungsgebäude neben den Art. 31 quater, dem neuen Art. 31 quinques, sowie Art. 39, welche zusammen den Kern der Wirtschaftsverfassung im Rahmen einer freiheitlichen Verfassungsordnung (87) bilden. Art. 34 ter enthält in Verbindung mit Art. 34 novies und dem neuen Art. 31 quinques die Arbeitsverfassung (88), während in den Art. 34 bis, quater, quinques, sexies, septies und novies die Sozialverfassung niedergelegt ist (89).

Eine Bindung an die Handels- und Gewerbefreiheit ist hier genau so wenig angebracht wie bei der Wirtschaftsverfassung im engeren Sinn.

dd. Die Ergänzung der HGF durch den Konjunkturartikel (Art. 31 quinques BV) als Bestandteil der Wirtschaftsverfassung insbesondere

aaa. Das Stabilitätsziel

Die HGF steht in enger Beziehung zum Konjunkturartikel, dessen Ziel darin besteht, "konjunkturelle Stabilität" (90) als eine Voraussetzung für harmonisches Wirtschaftswachstum" (91) herbeizuführen. Obwohl der Stabilitätsbegriff sich als schillernd erweist,

(87) Vgl. dazu die Zusammenstellung der einzelnen Bestandteile der Sozialverfassung bei Kaufmann, Sozialordnung, Eigentumsordnung und Wirtschaftsordnung, 296 ff.

(88) Gygi, Wirtschaftsverfassung, 159 ff.

(89) Christen, Wirtschaftsverfassung, 302 f; Gygi, aaO, 159 ff, bes. 160.

(90) Vgl. dazu eingehend Youssef, Konjunkturpolitik, 13 ff; ausserdem Gygi, Wirtschaftsverfassung, 103.

(91) Botschaft zum Konjunkturartikel BBl 1976 III 688.

lässt er sich doch inhaltlich in drei, vier oder fünf Teilziele spalten, welche zusammen das magische Drei-, Vier- oder Fünfeck (92) ausmachen: Die Auffächerung in verschiedene Teilziele rein wirtschaftspolitischer Natur macht deutlich, dass das Stabilitätsziel dem Ziel der Mehrung oder Förderung der gemeinsamen Wohlfahrt unterzuordnen ist (93).

Stabilität resultiert somit als erwünschte Lösung eines Zielkonfliktes (94) zwischen den Komponenten des magischen Vielecks, wobei sich der Stabilitätsbegriff am materiellen Wohlfahrtsbegriff zu orientieren hat. Dieser unterliegt den sich verändernden politischen, wirtschaftlichen und sozialen Wertvorstellungen.

Um wirtschaftliche Stabilität zu sichern, sind die in Art. 31 quinquies II BV abschliessend aufgezählten Massnahmen nicht an den Grundsatz der HGF gebunden, was jedoch eine Ergänzung durch Notrecht nicht ausschliesst (95). Denn: Aus volkswirtschaftlicher Sicht gehören all die Massnahmen zur Wirtschaftspolitik, welche der Staat im Hinblick auf Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstruktur trifft (96). Eben darum ist es nicht sinnvoll, diesen Tatsachen mit der Ordnungsvorstellung der HGF

(92) Dieses wird verkörpert durch das gleichzeitige antinome Streben nach a. Vollbeschäftigung, b. Preisstabilität, c. Zahlungsbilanzgleichgewicht, d. wirtschaftlichem Wachstum und e. gerechter Einkommensverteilung.
Youssef, aaO, 14 ff, 20 ff. Dazu auch Koller, Realisierung, 182, 187 f.

(93) So auch in der Botschaft über einen neuen Konjunkturartikel in der Bundesverfassung, BBl 1976 III 686, wo die Stabilitätspolitik als Bestandteil eines umfassenden Zieles, nämlich des Strebens nach allgemeiner Wohlfahrt, bezeichnet wird.

(94) Koller, Realisierung, 187 f.

(95) BBl 1976 III 695; Youssef, Konjunkturpolitik, 78.

(96) Gygi, aaO, 98.

gerecht werden zu wollen. In der Formulierung von Absatz 2 des neuen Art. 31 quinques kommt diese Erkenntnis leider nicht zum Ausdruck, wurden doch die konjunkturpolitischen Einwirkungsmöglichkeiten erneut an die HGF als Ausdruck der Erwerbsfreiheit des Einzelnen gebunden, indem man sie in der Formulierung als Abweichungen von der HGF ausgestaltete (97).

Das Ziel der ausgeglichenen konjunkturellen Entwicklung soll primär auf dem Weg der Globalsteuerung (98) erreicht werden. D.h. der Staat sucht die Rahmenbedingungen des Wirtschaftsprozesses so zu gestalten, dass sich die Nachfrageträger konjunkturgerecht verhalten (99). Darunter fallen primär die Regelung der Geldmenge (100), sowie die Finanz- und Aussenwirtschaftspolitik und die Beeinflussung des Arbeitsmarktes.

bbb. Verfassungsrechtliche Bindungen

Eine unbeschränkte Eingriffskompetenz lässt sich auch bei der hier vertretenen Konzeption aus Art. 31 quinques nicht ableiten. Die Bindung der Mittel an die "allgemeinen Verfassungs- und Rechtsgrundsätze"(101) zur Erreichung des Stabilitätszieles bleibt unverändert bestehen. Ebensowenig können spezifisch ökonomische Grundsätze (102) vernachlässigt werden.

(97) Huber, Rückblick, 65; Schluep, Wirtschafts- und Sozialverfassung, 359.

(98) Dazu Youssef, Konjunkturpolitik, 25 ff; BBl 1976 III 688, 690 f.

(99) BBl 1976 III 688.

(100) In Verbindung mit BV Art. 39.

(101) BV Art. 35 quinques II: "nötigenfalls", "Gesamtinteresse", Gygi, Wirtschaftsverfassung, 42, 125; zu diesem Gesichtspunkt auch Rieben, Geldpolitik, 57; Christen, Wirtschaftsverfassung, 307; Huber, Rückblick, 64; BBl 1976 III 695.

(102) Gygi, aaO, 42, mit Hinweis auf die im fünften Landwirtschaftsbericht des Bundes dargelegte Landwirtschaftspolitik (BBl 1977 I 415 ff).

Die dem Bund in Art. 31 quinquies verliehene Rechtsetzungskompetenz weist ihm regelungsbedürftige Sachbereiche zu. Die Verankerung der Bundesaufgabe verlangt nach adäquaten Regelungen, "um die Zuständigkeit oder den Regelungsauftrag sachgemäss auszuführen, selbst wenn damit Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit verbunden sind" (103). Youssef weist nach, dass sich besonders die Aufteilung in zulässige wirtschaftspolitische und sozialpolitische (104) gegenüber unzulässigen wirtschaftspolitischen (105) Massnahmen als für die Bewältigung der dogmatischen Probleme, welche die Konjunkturpolitik stellt, unzulänglich erweist (106). Sie kommt zum richtigen Schluss, dass die Konjunkturpolitik nicht einzig unter dem Blickwinkel der HGF beurteilt werden darf und dass die Konjunkturpolitik als Bestandteil der Wirtschaftspolitik mit dem hergebrachten begrifflichen Instrumentarium der juristischen Dogmatik nicht zu bewältigen ist (107).

(103) Gygi, Wirtschaftspolitik, 79; derselbe, Wirtschaftsverfassung, 123 f, im Hinblick auf den abgeänderten Nationalbankartikel: "Im übrigen scheint dem Verfassungsgesetzgeber damals klar gewesen zu sein, dass die Geld- und Währungsordnung eine Grundlage der Wirtschaftsordnung ist und nicht umgekehrt die Handels- und Gewerbefreiheit eine Grundlage der von der öffentlichen Aufgabe und vom öffentlichen Interesse her bestimmten Geldordnung".
Aehnlich aaO, 41.

(104) Youssef, aaO, 109 ff.

(105) Youssef, aaO, 112 f.

(106) Youssef, aaO, bes. 109 ff, 116 ff, Schlussfolgerungen 120 f, 124 f.

(107) Youssef, aaO, 112 f, 124.

C. STAATSZIELBESTIMMUNGEN ALS BESTANDTEILE DER WIRTSCHAFTS- UND SOZIALVERFASSUNG

1. Rechtsstrukturelle Umschreibung

a. Typologische Einordnung des Wohlfahrtsartikels

aa. Verfassungsgrundsatz

Dank der im Grundlagenteil (108) zusammengetragenen charakteristischen Merkmale lässt sich die rechtliche Struktur des Wohlfahrtsartikels wie folgt bestimmen:

1. Ausser Zweifel steht, dass es sich beim Wohlfahrtsartikel um eine (Ziel-)Bestimmung von geringer *N o r m d i c h t e* (109) handelt. "Wohlfahrt des Volkes" und "wirtschaftliche Sicherung der Bürger" sind Begriffe, die weit ausholend auf ein Ziel hinweisen, das der Staat bei seinem Tun und Trachten im Auge behalten muss. Der Wohlfahrtsartikel stellt einen Rechtsgrundsatz dar und lässt sich demnach von einem Rechtssatz insofern abgrenzen, als dieser auf einen engeren Kreis von Anwendungsfällen zugeschnitten erscheint (110).

2. Auf Art. 31 bis I BV ist das Schema der hypothetischen Geltungsanordnung nicht anwendbar, welches einem bestimmten oder bestimmbaren Tatbestand eine Rechtsfolge zuordnet. - Allerdings gibt es Fälle, in denen Rechtsgrundsätze unmittelbar anwendbar

(108) 1. Teil/II.B.2.c. und II.B.4..

(109) Vgl. 2. Teil/I.C.3.; dazu Schmid, Offenheit und Dichte.

(110) 1. Teil/II.B.2.c.dd.; dazu vor allem Esser, Grundsatz und Norm, 51.

sind (111), so dass dieses Abgrenzungskriterium nicht mehr als ein I n d i z darstellt.

3. Eindeutiger ist der Befund, sobald das Charakteristikum des "überschiessenden Sinngehaltes" (112) in Betracht gezogen wird. Materiell unterscheidet sich der Wohlfahrtsartikel als ein Rechts-
p r i n z i p oder ein Rechts g r u n d s a t z von einem Rechts-
s a t z dadurch, dass er einen über den "jeweiligen Anwendungsbereich hinausgehenden allgemeinen Rechtsgedanken" (113) enthält.

bb. Programmsatz? / Deklamation?

Ebensowenig bedarf es hier langer Ausführungen, da auf die Darlegungen im Grundlagenteil zurückzugreifen ist (114).

(111) Dies trifft zu beim Grundsatz "Bundesrecht bricht kantonales Recht" und beim in 46 II BV enthaltenen Verfassungsauftrag. Müller, Grundrechte, 903, vertritt zutreffend die Meinung, es falle einem Gericht wesentlich leichter, Kollisionsnormen wie im Falle von 46 II aufzustellen, als "sozialgestaltende Verfassungsprogramme zu entwerfen", aaO, 906; dazu auch SchlB, 201. Diese letzere Aufgabe ist deshalb besonders riskant, weil das Verfassungsgericht nicht einen grossen Expertenstab im Rücken hat und deshalb auch weniger in der Lage ist, die Auswirkungen der Verwirklichung solcher Programme zumindest modellhaft vorauszu-
sehen und zu überblicken.

(112) 1. Teil/II.B.2.c.dd.aaa..

(113) Dazu 1. Teil/II.B.2.c.dd.aaa.; Larenz ; Methoden lehre, 468; ähnlich Müller.F., Normstruktur, 202; zustimmend Saladin, Rahmengesetzgebung, 515.

(114) 1. Teil/II.C.2..

Energisch ist denjenigen Stimmen entgegenzutreten, welche den Wohlfahrtsartikel als blosse Deklamation abtun wollen (115) oder seinen materiellen Rechtsgehalt (116) explizit bestreiten, wenn man als gegeben erachtet, dass die Verfassung kein Nicht-Recht enthält (117). Die T r a g w e i t e des Wohlfahrtsartikels bedarf allerdings der näheren Bestimmung. Programmatischer Gehalt darf nicht mit fehlendem Rechtsgehalt der Norm (i.e.S.) , eines Prinzips oder eines Grundsatzes verwechselt werden (118).

In der Schweizerischen Bundesverfassung und der Gesetzgebung verbreitet sich die Tendenz immer stärker, Programmsätze als Zielformulierungen an den Anfang von Kompetenzbestimmungen zu stellen (119). Das gilt allgemein, vorzugsweise aber im Bereich der Wirtschaft, deren Dynamik dazu zwingt, weitblickend

- (115) Z.B. ausdrücklich Schürmann, Tragweite, 38 f, gestützt auf Burckhardt, Kommentar, 10 f; Fleiner/Giacometti, 74 f; die Art. 2 BV zum Ausgangspunkt ihrer These machen.
- (116) Neben anderen Aubert, Traité, No. 244 in Verbindung mit No. 278 und 617; Fleiner/Giacometti, 71/74, 294; Knapp, Droits sociaux, 350; Marti, Wirtschaftsfreiheit, 70; SchlB 200, 333, 343, 345; Schürmann, Tragweite, 37 ff; derselbe, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 84 ; Schindler, Bundessubventionen, 171 ff; Junod, Problèmes actuels, 617, 620, 669; Hangartner, Kompetenzverteilung, 93 ff; Häfelin, Verfassungsgebung, 99.
- (117) Müller G., Inhalt und Form, 135. Dazu auch 1, Teil/II.C.2..
- (118) Rechtsgehalt im Sinne einer Auslegungsmaxime postuliert etwa Grisel, Droits sociaux, 67, in Verbindung mit 100 f. - Im Rahmen der Diskussion der Normdichte im 2. Teil unter I.C.3. ist darauf näher einzutreten.
- (119) Vgl. dazu 1. Teil/II.B.4.d.; Saladin, Struktur und Stil, 225 ff; derselbe, Rahmengesetzgebung, 516, 518; derselbe, Unerfüllte BV?, 317; Hangartner, Kompetenzverteilung, 118 f, spricht von "Zuweisung von Bundeskompetenzen nach Staatsprogrammen". Bsp.: BV Art. 34 quinquies I, 36 bis I, 22 quater. Verstärkte Neigung zur Fixierung von Zielen in der Verfassung diagnostiziert ferner Schmid, Offenheit und Dichte, 320; schon Huber, Formenreichtum, 189. Vgl. dazu neuestens die Richtlinien der Gesetzgebung des Bundes, Ziff. 621.

Ziele zu setzen, weil mit einem Massnahmenkatalog allein zukünftige Entwicklungen nicht eingefangen werden können (120). Die Aufgabe der Verfassung wird sich insofern verlagern, als sie "nicht nur Ordnung des Bestehenden ... sondern Möglichkeiten, Potentiale der Veränderung" darzustellen hat (121). - Richtig ist allerdings, was die meisten der zitierten Autoren betonen, dass BV Art. 2 und Art. 31 bis I keine Anspruchsnormen darstellen, weil sonst die in BV Art. 3 niedergelegte Kompetenzordnung obsolet würde (122). Bezüglich des Zweckartikels ist dieser Schluss überdies durch die systematische Stellung vor Art. 3 BV (123) begründet.

Diese Ueberlegungen fügen sich in den Rahmen der hier vertretenen Ansicht ein, wonach der programmatische Gehalt oder das dynamische Element innerhalb der Verfassung nicht exklusiv auf Staatszielbestimmungen oder zielgerichtete Kompetenznormen beschränkt ist, sondern ebenso Bestandteil eines Teilgehaltes der Grundrechte darstellt. So fügen sich "Programmsätze" harmonisch in eine Verfassungsordnung ein, die zwi-

(120) Besonders betont bei Youssef, Wirtschaftspolitik, 74 f.

(121) Linder, Planung und Verfassung, 392; das selbe meint Grimm, Verfassungsfunktion, 500, wenn er die Verfassung weitgehend als einen "normativen, d.h. verbindlichen Entwurf" betrachtet.

(122) Anstatt vieler Fleiner/Giacometti, 74, 293 f; Froesch, Kompetenzverteilung, 94 f, 97; Hangartner, Kompetenzverteilung, 70 ff.

(123) Dazu Froesch, Kompetenzverteilung, 93 f; Anders Nawiaskey, Aufbau und Begriff, 36, der in Fällen des Staatsnotrechts BV Art. 2 als Verfassungsgrundlage vorschlägt. (Unklar bleibt allerdings, ob extrakonstitutionelles oder intrakonstitutionelles Notrecht gemeint ist).

schen Statik (Verfassung als dauerhafte Grundordnung) (124) und Dynamik (Fühlungnahme mit dem gesellschaftlichen Wandel) ein sinnvolles, zeitgerechtes Gleichgewicht sucht.

cc. Der Wohlfahrtsartikel als Staatszielbestimmung

Gestützt auf die oben sowie im ersten Teil (125) geleistete Vorarbeit sind die Wesensmerkmale der Staatszielbestimmungen zu Art. 31 bis I BV und Art. 2 BV in Beziehung zu setzen.

Im Gegensatz zu Zielnormen, die nur ein beschränktes Sachgebiet beschlagen, ist die Staatszielbestimmung auf die prägende Gestaltung der gesamten staatlichen Aktivität gerichtet. Ein Ziel wird gesetzt, o h n e Mittel und Organe zu bestimmen, welche ermöglichen sollen, es zu erreichen (126). Staatszielbestimmungen sind Verfassungsgrundsätze oder "offene Prinzipien", die sich auf allgemeine Grundeinstellungen staatlichen Wirkens beziehen und eine Richtung weisen (127).

Der dynamische Zug bildet das zweite Charakteristikum der Staatszielbestimmungen. Die inhaltliche Spannweite, die der weiten programmatischen Form entspricht, verleiht ihnen I n t e g r a t i o n s k r a f t bezüglich zukünftiger sozialer und gesellschaftlicher Entwicklungen. Deshalb sind Staatszielbestimmungen auch

(124) Kägi, Grundordnung, 41 ff, bes. 51 ff; vgl. dazu auch etwa Häfelin, Verfassungsgebung, 108 ff.

(125) oben, 2. Teil/I.C.1.a.aa. und 1. Teil/II., insbesondere II.B.2., 4. und 5..

(126) Grisel, Droits sociaux, 99.

(127) Scheuner, Staatszielbestimmungen, 342; derselbe, Pressefreiheit, 58.

ein dauerhaftes (128) Element in der Verfassung, denn sie vermögen neuen Rechtsinstituten mindestens im Verein mit anderen Bestimmungen Halt zu bieten (129) oder die Rechtsfortbildung auf dem Wege der Auslegung bestimmend zu beeinflussen. Der Begriff der Staatszielbestimmungen ist eng zu fassen und dessen Anwendung innerhalb der Bundesverfassung auf Zweck- und Wohlfahrtsartikel zu beschränken. Art. 31 bis I nimmt ein Anliegen des Zweckartikels, das Wohlfahrtsziel, wieder auf und bringt es gegenüber den Wirtschaftsartikeln gleichberechtigt zur Geltung.

Müller dagegen trennt Staatsziel- nicht eindeutig von Zielbestimmungen, die mit Kompetenznormen verbunden sind und erweitert ausserdem ihren Kreis um die Artikel 34 ter, 34 quinquies und 31 quinquies (130).

b. Vergleich von Wohlfahrts- und Zweckartikel

Art. 2 BV "Der Bund hat zum Zweck: Behauptung der Unabhängigkeit des Vaterlandes gegen aussen, Handhabung von Ruhe und Ordnung im Innern, Schutz der Freiheit und der Rechte der Eidgenossen und Beförderung ihrer gemeinsamen Wohlfahrt".

(128) Saladin sieht Zielformulierungen im Rahmen der Gesetzgebung als Element der Beständigkeit, verknüpft mit der notwendigen Flexibilität, Rahmengesetze, 519.

(129) Vgl. dazu Hedemann, Generalklauseln, 62.

(130) Müller, Grundrechte, 771; von einem ähnlich weiten Begriff geht Grisel, Droits sociaux, 98 f, aus; er fügt noch 31 quinquies (alt) und 34 quinquies zum Kreis der "dispositions-programmes".

Art. 31 bis I: "Der Bund trifft im Rahmen seiner verfassungsmässigen Befugnisse die zur Mehrung der Wohlfahrt des Volkes und zur wirtschaftlichen Sicherung der Bürger geeigneten Massnahmen".

aa. Hypothese

Der Vergleich von Wohlfahrts- und Zweckartikel geht von der Annahme aus, dass beide Bestimmungen Verfassungsgrundsätze von der Art sind, die wir als Staatszielbestimmungen beschrieben haben. Trifft die Behauptung der grundsätzlichen Gleichartigkeit beider Bestimmungen zu, erleichtert dies im folgenden das Vorgehen wesentlich: In diesem Fall wäre es zulässig, immer vom Begriffspaar Wohlfahrts- und Zweckartikel auszugehen, es sei denn, die identische Behandlung rechtfertige sich aus einem ganz bestimmten Grunde nicht.

bb. Erläuterung

1. Die Begründung für die oben aufgestellte These stützt sich namentlich auf den *W o r t l a u t*. Sowohl Art. 2 BV als auch Art. 31 bis I betrachten die Wohlfahrt des Eidgenossen als Ziel staatlicher Aktivität. Der Unterschied zwischen den beiden sehr allgemein formulierten (131) Artikeln liegt lediglich darin, dass der Zweckartikel neben der Wohlfahrt weitere Staatsziele nennt, welche Grundlage und Bestandteil des gesellschaftspolitischen Zielkomplexes (132) bilden. Die nachgeordnete Stellung von BV Art. 31 bis I gegenüber Art. 31 ist wegen

(131) Saladin, Struktur und Stil, 225.

(132) Schluep, Wettbewerbspolitik, 98.

des generell unsystematischen Aufbaus der Bundesverfassung belanglos (133).

Der Meinung Hangartners, der den Wohlfahrtsartikel als "spezialisiertes Minus" gegenüber dem Zweckartikel begreift, ist zuzustimmen (134). Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass der Begriff der Wohlfahrt sich im Laufe der Zeit im Sinne einer Erweiterung des Bedeutungsinhaltes gewandelt hat. Neben der Mehrung materieller Güter sind auch deren gerechte Verteilung sowie Volksgesundheit, saubere Umwelt, kurz, was man gemeinhin als "Lebensqualität" (135) bezeichnet, in den Begriff zu integrieren. Diese Tatsache trägt nicht gerade zu dessen Prägnanz bei, doch ist die Ausdehnung staatlicher Aktivität im Sozialbereich dem Wohlfahrtsartikel nicht als Negativum anzulasten.

Das in BV Art. 31 bis I und BV Art. 2 verankerte Wohlfahrtsziel ist als gleichberechtigter Verfassungsgrundsatz im Gefüge der Wirtschaftsverfassung zu betrachten (136). Damit ist aber über Normdichte und Justiziabilität noch nichts ausgesagt.

2. Die herrschende Meinung ist zwar in ihrer prinzipiellen Geringschätzung der beiden Staatszielbestimmungen abzulehnen, zu-

(133) Huber, Rückblick 70.

(134) Hangartner, Kompetenzvermutung, 70.

(135) Dahingehend Müller, Grundrechte, 772; schon Moser, Wohlstand, 265 ff, bes. 269 ff, hat darauf hingewiesen, dass immaterielle Wert in den Wohlfahrtsbegriff einzubeziehen seien. Den steten Wandel in der sozialen Entwicklung hebt auch Tschudi, Sozialstaat, 144, hervor.

(136) Zustimmend Schweingruber, Sozialgesetzgebung, 90; Tschudi, Sozialstaat, 143.

treffend ist aber das Prinzip der Gleichbehandlung (137) hinsichtlich ihrer juristischen Qualifikation. Unterschiede ergeben sich durch den früher praktizierten Abusus, den Zweckartikel als Grundlage für die Ausrichtung von Bundessubventionen zu verwenden (138).

3. Die Limitierung des Begriffs der Staatszielbestimmung auf die Art. 2 und 31 bis I BV ist damit zu begründen, dass sie allein das Gemeinwohl als Ganzes im Auge haben und als Leitlinie mit Ausstrahlungswirkung auf die gesamte Rechtsordnung die Möglichkeit einer neu bewertenden Fruktifizierung überhaupt erst diskussionswürdig erscheinen lassen. Nur sie halten im übrigen den Vergleich mit den Staatszielbestimmungen des Grundgesetzes, GG Art. 20/28, aus (139).

2. Adressaten

a. Allgemeines

Bei den Staatszielbestimmungen handelt es sich um Wertentscheidungen zugunsten einer Gestaltung des Staatswesens, die

(137) Anstatt vieler, Müller, Grundrechte, 772 f; ausdrücklich Schürmann, Tragweite, 38; Fleiner/Giacometti, 74; Moser, Wohlstand, 285; Schweingruber, Sozialgesetzgebung, 89 f.

(138) Vgl. die Beispiele bei Burckhardt, Kommentar, 9 ff; Fleiner/Giacometti, 73; Aubert, Traité, No. 278, 618; Schindler, Bundessubventionen, 171 ff; Froesch, Kompetenzverteilung, 93 ff; mindestens in der Tendenz anders Schweingruber, Sozialgesetzgebung, 86; positiv äussert sich Nawiasky zu Art. 2 als Grundlage "kultureller Veranstaltungen", "Einrichtungen von nationalem Interesse" und für Subventionen; Aufbau und Begriff, 26, 36.

(139) Vgl. dazu den Exkurs im 1. Teil/II.C..

den Prinzipien der Unabhängigkeit, der Ruhe und Ordnung im Innern, dem Schutz der Freiheit (Art. 2 BV) und der Wohlfahrt des Staates und seiner Bewohner (Art. 2 BV, Art. 31 bis I BV) Rechnung trägt. Hierin manifestiert sich eine gewisse Affinität von Staatszielbestimmungen einerseits und Grundrechten in ihrer (Teil-)Bedeutung als objektive Prinzipien andererseits (140). In dieser Eigenschaft richten sie sich als "grundsätzlichste Verfassungsbestimmungen überhaupt" (141) primär an die gesamte Rechts- und Gesellschaftsordnung (142), die im Einklang mit den angeführten Prinzipien stehen muss. Die Verpflichtung zu einer wohlfahrtsfördernden Politik, die aus den Programmartikeln BV 2 und 31 bis I fließt, tritt gleichberechtigt - wenn auch weniger konkret - neben die andern Verfassungsprinzipien und Bestimmungen (143). Darin liegt die grundlegende Bedeutung der Staatszielbestimmungen. Denn: Der Verfassung kann nicht verwehrt sein, Richtpunkte (144) zu setzen in einer Zeit wachsender Orientierungslosigkeit. Sie widerspiegelt grundlegende Bedürfnisse der Bürger und festigt ein minimales Gefühl der Solidarität derer, die den Staat konstituieren! Eine Hauptfunktion der Staatszielbestimmungen liegt demnach in ihrer I n t e g r a t i o n s w i r - k u n g (145).

(140) Dazu vorne 1. Teil /I.C.2.c..

(141) Saladin, Entwicklungshilfe, 125; derselbe, Unerfüllte BV?, 317. - Dabei darf man allerdings die Präambel nicht aus dem Spiel lassen.

(142) Scheuner, Pressefreiheit, 58; derselbe, Einführung, 60; derselbe, Staatszielbestimmungen, 341 ff; gefolgt von Häfelin, Verfassungsgebung, 95; Gygi, Wirtschaftsverfassung, 105, 149, diesem zustimmend Müller, Grundrechte, 773; Zimmermann, Verhältnis, 23 f.

(143) Fleiner, Rechtsgutachten, 249 f.

(144) "Richtsätze des politisch-sozialen Lebens", Scheuner, Pressefreiheit, 58.

(145) Grisel, Droits sociaux, 100; Saladin, Struktur und Stil,

Ausserdem ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass Zielbestimmungen hervorragende Bestandteile moderner Gesetzestech-
nik sind (146), was ihre Aktualisierung in der Verfassung be-
günstigt.

b. Gesetzgeber

Wenn sich staatliches Wirken an den in den Staatszielbestim-
mungen festgehaltenen Prinzipien orientieren soll, so bedeutet
dies eine grundsätzliche V e r p f l i c h t u n g des Gesetzge-
bers (147), seine Aufgaben dementsprechend wahrzunehmen.
Damit ist nicht ein konkreter Gestaltungsauftrag gemeint, der
den zielgerichteten Kompetenznormen vorbehalten bleiben muss.

232 ff, bes. 234; derselbe, Entwicklungshilfe, 125; das
Bedürfnis nach Leitideen und -motiven artikuliert insbesondere
Saladin, Unerfüllte BV?, 269 ff, bes. 284 ff; Zimmermann,
Verhältnis, 24. - Allgemein kann überdies festgehalten wer-
den, dass bei zu dichter Normierung und einer Fülle über-
ladener Verfassungsartikel die Verfassung ihrer Integrations-
kraft verlustig geht, vgl. Schmid, Offenheit und Dichte, 320.

(146) Vgl. vorne Anm. 119. Darauf deutet übrigens auch der neue
Art. 45 bis II GVG hin, der den Bundesrat verpflichtet, im
Gesetzgebungsprogramm der Richtlinien für die Regierungspol-
itik die Ziele der geplanten Erlasse zu nennen. Darüber
hinaus muss jede Vorlage des Bundesrates das Verhältnis
zu den Richtlinien der Regierungspolitik und zur Finanzpla-
nung erläutern (GVG 45 quinquies).

(147) Hesse, Grundzüge, 87; zustimmend Tschudi, Sozialstaat,
145; ablehnend Häfelin, Verfassungsgebung, 120 ff, bes. 122.

Es handelt sich um eine bloss begrenzte Bindung des Gesetzgebers (148), um ein Leitbild (149), das in jedem Bereich der Gesetzgebung wieder neu zu konkretisieren ist. Das entspricht der dargelegten (150) Auffassung, wonach die Gesetzgebung mehr als bloss Vollfassungsvollzug ist. Die Gesetzgebung darf nicht aus dem durch die Staatszielbestimmungen gezogenen Rahmen ausbrechen; das im Gesetz niedergelegte, vergleichsweise partikuläre Anliegen muss, gegenüber dem in Wohlfahrts- und Zweckartikel verkörpertem Gesamtinteresse, haltbar sein (151). Zuzugeben ist, dass Wohlfahrts- und Zweckartikel im Rahmen des Verfassungsganzen kein sehr deutliches Bild (152) zu evozieren vermögen. Ihre grundlegende Funktion liegt aber darin, dass sie den Gesetzgeber dazu zwingen sollen, sich Gedanken über die zu verwirklichenden Staatsziele zu machen.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass positive Leistungen grundsätzlich, Ausnahmen (153) vorbehalten, erst aufgrund der Konkretisierung in der Gesetzgebung erbracht werden können. Die Frage bleibt jedoch offen, ob nicht Staatszielbestimmungen im Sinne negativer Abgrenzung eine Funktion erfüllen könnten, so dass ein Ungenügen des Gesetzgebers oder eine Unterlassung bzw. krasse Fehlinterpretation durch den Rechtsanwender am Massstab der Staatszielbestimmungen unmittelbar justiziabel wäre.

(148) Scheuner, Staatszielbestimmungen, 346; Müller, Grundrechte, 905; Huber, Auslegung, 6; Schweingruber, Sozialgesetzgebung, 86, 89.

(149) Scheuner, DöV, 512; Lerche, Verfassungsdirektiven, 348, spricht von "Anstossnormen".

(150) Vgl. vorn 1. Teil/ I.C.2.c.bb und 1. Teil/II.B.2.c.ee.; Müller, Grundrechte, 905 ff; Saladin, Unerfüllte BV?, 314, A.21.

(151) So andeutungsweise auch Gygi, Wirtschaftsverfassung, 150.

(152) Grisel, Droits sociaux, 101.

(153) Vgl. dazu 2. Teil/II.A.4.b. sowie II.B.

c. Rechtsanwender

Die Orientierung an den Staatszielbestimmungen ist notwendige Voraussetzung für richtiges Verständnis und sinnvolle Auslegung der Verfassung (154). So erscheint, wie oben gezeigt, die Wirtschaftsverfassung in einem neuen Licht, wenn man den Wohlfahrtsartikel als eines ihrer gleichberechtigten Elemente anerkennt: Das erlaubt, der Bundesverfassung eine "marktorientierte und sozialverpflichtete Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung" (155) zu entnehmen, ohne ihr den Stempel eines festgefügt Systems aufzudrücken. Leitgrundsätze des Staates im Sinne von Richtlinien (156) müssen sowohl bei der Auslegung (157) von Verfassungsbestimmungen herangezogen werden können als auch bei Interpretationen und Anwendung von Gesetzen.

Dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts sich bisher weder bei der verfassungskonformen Auslegung noch bei der Überprüfung kantonaler Gesetze auf den Wohlfahrtsartikel oder den Zweckartikel gestützt hat, ist nach der Ansicht Hubers (158) darauf zurückzuführen, dass sie dafür als zu allgemein oder zu deklamatorisch erscheinen. Damit wird den Staatszielbestimmungen der BV die Justiziabilität (159) abgesprochen. Freilich wurde bis anhin der Versuch nicht unternommen, sie in vernünftiger Masse zu fruktifizieren.

(154) Nawiasky, Aufbau und Begriff, 26.

(155) Gygi, Wirtschaftsverfassung, 105, 149; zustimmend Müller, Grundrechte, 773.

(156) Scheuner, DöV, 512; Schweingruber, Sozialgesetzgebung, 90.

(157) Grisel, Droits sociaux, 100 f; Huber, Wirtschaftspolitische Ziele, 21, "bescheidene Auslegungshilfe".

(158) Rückblick, 70.

(159) Vgl. den entsprechenden Abschnitt 2. Teil/II.A.4.

Sucht man diesen Ansatz zu verwirklichen, treten zwei Problemkreise in den Vordergrund:

1. Angenommen, es gelänge, Zweck- und Wohlfahrtsartikel genügend Profil zu verleihen, so dass sie als Massstab für die Auslegung der Verfassung, von Gesetzen und sogar für die Beurteilung von Verwaltungsakten an Bedeutung gewinnen, stellte sich die Frage nach dem Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit (160).

2. Unter dieser Voraussetzung wäre auch darüber zu diskutieren, ob eine Verwandtschaft zur Deutschen Sozialstaatsklausel oder gar eine funktionelle Identität besteht, wie dies etwa Saladin (161) zu postulieren scheint.

3. Normdichte

Mit Blick auf das ganze Verfassungsgefüge sind die Staatszielbestimmungen durch eine geringe Normdichte gekennzeichnet. Diese Art der Normierung bewirkt grundsätzlich eine grössere Flexibilität zur Erreichung der angestrebten Ziele (162), da weder Mittel noch Verfahren festgelegt sind. Genau hier liegt ja eine Hauptaufgabe der Grundprinzipien der Verfassung: Angesichts der knappen Rechtsänderungskapazität sollen sie mindestens im Ansatz Einheit und Ordnung in die verschiedenen der Auslegung bedürftigen Vorschriften hineintragen (163).

(160) Dazu hinten 2. Teil/II.A.2. und 3..

(161) Grundrechte, 241; ausdrücklich abgelehnt bei Huber, Wirtschaftspolitische Ziele, 21.

(162) Müller G., Inhalt und Formen, 86 ff, 88.

(163) Grimm, Verfassungsfunktion, 499.

Da die materielle Offenheit dieser Prinzipien nur eine schwer bestimmbare Bindung zur Folge haben kann, stehen die Staatszielbestimmungen an Bindungswirkung weit hinter den grundrechtlichen Massstäben zurück (164). Das berechtigt aber nicht zur Annahme, Staatszielbestimmungen entbehrten zum vornherein jeden Rechtsgehaltes. Grundrechte und Kompetenzartikel, namentlich diejenigen, die sich darauf beschränken, eine Materie zu nennen, sind "Typen planmässiger Offenheit" (165) und bedürfen der Konkretisierung (166). Mithin ist zu konstatieren, dass scharfe Abgrenzungen in diesem Bereich *n i c h t* existieren. Dies entspricht einer Betrachtungsweise der Verfassung, die im konstitutiv-institutionellen Grundrechtsverständnis ihr Aequivalent findet: Innerhalb des "Formenreichtums der Verfassung" (Huber) verlieren kategoriale Unterschiede, die sich etwa im Antagonismus zwischen den subjektive Ansprüche begründenden negativen Freiheitsrechten und den als bloss deklamatorisch erachteten Zweck- und Wohlfahrtsartikeln niederschlagen, ihre Berechtigung.

Man gelangt zum selben Ergebnis, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die Grundrechte (167) in ihrem programmatischen Teilgehalt sowie in der Nuance als objektive Ordnungsprinzipien in einer Linie stehen mit den Staatszielbestimmungen, die einerseits als Leitlinie in die Zukunft weisen und andererseits eine konkrete Funktion als Auslegungsrichtlinie und Richtschnur für die Gesetzgebung im Sinne umfassender Grundprinzipien wahrzunehmen vermögen (168).

(164) Scheuner, Staatszielbestimmungen, 335, 347; zustimmend Müller, Grundrechte, 905 f.

(165) Müller G., Inhalt und Formen, 89.

(166) Huber, Formenreichtum, 191; Schmid, Offenheit und Dichte, 318 ff.

(167) Zum folgenden Scheuner, DöV, 507, 513; Müller, Grundrechte, 817 f.

(168) Vgl. die Darstellung der Teilgehalte der Sozialstaatsklausel unter 1. Teil/II.C.3.a..

Der durch die Staatszielbestimmungen formulierte Gemeinwohl-auftrag vermag dem Gesetzgeber nicht mehr als eine allgemeine *Leitlinie* zu bieten. Das entspricht auch richtig verstandener Gesetzgebung in einer pluralistischen Gesellschaft, die eben nicht Vollzug eines vorgegebenen Verfassungssystems darstellt (169). Die Gesetzesnorm muss im Feld politischer und gesellschaftlicher Auseinandersetzung entstehen, sie darf in ihrer unmittelbaren Gestaltung nicht durch die Verfassung bis in Einzelheiten präeterminiert werden (170). Lenkung durch Staatszielbestimmungen bedeutet *offene Normierung*, welche "Raum für die politische Gestaltung schaffen und eine stetig notwendige Anpassung an den gesellschaftlichen und politischen Wandel erleichtern will" (171).

4. Existiert eine "Sozialstaatsklausel" in der Bundesverfassung?

a. Das Problem

Von Saladin stammt der Satz, wonach die geltende Bundesverfassung eine Sozialstaatsklausel *implizit* enthalte (172). Er geht allerdings nicht so weit, Zweck- und Wohlfahrtsartikel als unmittelbares Aequivalent zur Sozialstaatsklausel zu betrachten. Gerade das aber schlägt Müller in seinem Aufsatz

(169) Huber, Formenreichtum, 172 ff, 176; Krüger, Verfassungsvoraussetzungen, 305 f; dazu auch Schmid, Offenheit und Dichte, 316; Scheuner, Grundgesetz in der Entwicklung, 364 ff; Lerche, Verfassungsdirektiven, 348 f, 371; Müller, Grundrechte, 751 f.

(170) Lerche, aaO, 348, 371.

(171) Schmid, Offenheit und Dichte, 317.

(172) Saladin, Grundrechte, 241. Diese These liegt auch den Erwägungen in Struktur und Stil, 222, zugrunde, wo das Sozialstaatsprinzip zu den "essentialia constitutionis" gerechnet wird.

über die sozialen Grundrechte (173) vor. Allerdings verrät Saladin berechnete Skepsis gegenüber der Erwartung einer vermehrten Ausschöpfung der Staatszielbestimmungen (174) durch Gesetzgeber, Verwaltung oder Gerichte, weil er keine Möglichkeit sieht, unter den "mit der Verfassungskonkretisierung Betrauten" einen Konsens herbeizuführen. Von seiner Seite wird daher die *a u s d r ü c k l i c h e* Statuierung in der Verfassung empfohlen. Das sind jedoch überwiegend politische Ueberlegungen, auf die hier nicht einzutreten ist.

Was indessen den Vergleich zwischen dem Rechtsgehalt des Wohlfahrts- und Zweckartikels einerseits und der Sozialstaatsklausel andererseits angeht, so sind im folgenden die Argumente der einen wie der andern Seite gegeneinander abzuwägen.

b. Pro und contra

1. Gegen eine Ausschöpfung der Staatszielbestimmungen scheint die Tatsache zu sprechen, dass die dazu notwendigen Mittel ungenannt bleiben und auf den Bereich verfassungsmässiger Befugnisse des Bundes beschränkt sind. Namentlich der Wohlfahrtsartikel steht unter diesem Vorbehalt, während beim Zweckartikel dem Wortlaut nach nicht davon die Rede ist. Allerdings ist einzuräumen, dass die bundesstaatliche Kompetenzordnung erst in Artikel 3 BV niedergelegt ist. Daraus ist nicht automatisch auf normative Bedeutungslosigkeit des Zweckartikels zu schliessen;

(173) Müller, Grundrechte, 774 ff; neuerdings abgelehnt von Gysi, Die sozialpolitische Begrenzung der Handels- und Gewerbefreiheit in ihrer Bedeutung für den schweizerischen Rechtsstaat, Diss Zürich, 1977, 62, 112 ff.

(174) Unerfüllte BV? 318.

umgekehrt lässt sich nämlich argumentieren, dass der Zweckartikel als Staatszielbestimmung sich auf die gesamte vom Staat gesetzte Ordnung bezieht, unabhängig davon, ob es sich um Erlasse des Bundes oder der Kantone handelt (175). Das leuchtet umso mehr ein, als darüber Einigkeit herrscht, dass BV 2 keine Kompetenznorm darstellt.

2. Dem Einwand Hubers (176), es widerspreche "unserem Verfassungsdenken", "aus einem solchen 'Generalrenner' wie der Sozialstaatsklausel ganze Heerscharen rechtlicher, nicht nur politischer Folgerungen zu ziehen", ist entgegenzuhalten, dass auch das Verfassungsdenken nicht losgelöst von der Einsicht in veränderte Verhältnisse zu betrachten ist, also dem Wandel unterliegt. Ohnehin geht Huber in seinem Aufsatz "Rückblick auf die neuen Wirtschaftsartikel" (177) im Sinne einer Hypothese selbst davon aus, dass Art. 31 bis I BV eine Art Sozialstaatsprinzip verkörpert: Er stellt die Frage, ob diese oder eine ähnliche Wortfassung spezifiziertere soziale Grundrechte ersetzen könnte!

3. Ernst zu nehmen ist die Frage, ob nicht die "für eine Entfaltung und Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips notwendige Verfassungsgerichtsbarkeit fehlen würde" (178). Falls sich die Frage nicht infolge mangelnder Justiziabilität von Zweck- und Wohlfahrtsartikel überhaupt erübrigt, soll im folgenden (179)

(175) Dazu Schweingruber, Sozialgesetzgebung, 91.

(176) Huber, Wirtschaftspolitische Ziele, 21.

(177) Seite 70 f.

(178) Huber, aaO, 21; Generell kann festgehalten werden, dass der Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit und die damit verbundene vermehrte Konkretisierung offener Normen als Mittel zur Weiterentwicklung der Verfassung zu betrachten ist. Vgl. Häfelin, Verfassungsgebung, 108.

(179) 2. Teil/II. B.5.

eine Antwort versucht werden. Ist das Leitbild auch wenig konkret, so darf doch die beträchtliche Integrationskraft nicht unterschätzt werden.

4. Die Kriterien, die zum Nachweis der *P r o g r a m m q u a l i t ä t* dienen, sind materieller Natur (180) und in beiden Fällen die gleichen. Ebenso verhält es sich mit der Konkretisierungsbedürftigkeit, wobei hier eine Präzisierung angebracht ist: Was den Inhalt der Staatszielbestimmungen angeht, so hat sich als allgemeingültiges Merkmal ergeben, dass sich ihre Bedeutung in mehrere Schichten aufgliedern lässt. Setzt man sie zum institutionellen Grundrechtsverständnis in Beziehung, so ist insofern eine Ähnlichkeit festzustellen, als die institutionelle Schicht der Sozialstaatsklausel sozialstaatliche Institutionen mindestens im Ausmass eines sozialen Rückschrittverbotes garantiert (181). Dazu braucht es *k e i n e* ausformulierten sozialen Grundrechte, die Erwartungen wach rufen, welche weit über das hinausgehen, was sie zu halten vermögen (182). Voraussetzung ist freilich eine ausgebaute Verfassungsgerichtsbarkeit, von der etwa die Anwendung des Sozialstaatsprinzips des Grundgesetzes profitiert, und die Bereitschaft, die "Sozialstaatsklausel" nicht grundsätzlich als injustiziabel zu betrachten.

(180) Vgl. 1. Teil/II.B.2.c.dd.aaa..

(181) Vgl. 1. Teil/II.C.3.a.. Ferner EUGRZ 1977, 278; "aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip ist daher ... die Verpflichtung des Staates herzuleiten, jenes Existenzminimum zu gewähren, das ein menschenwürdiges Dasein überhaupt erst ausmacht".

(182) Diese Tendenz kommt bei Wildhaber, soziale Grundrechte, 371 ff, bes. 388 ff zum Ausdruck; vgl. dazu auch Müller, Grundrechte, 922; Bäumlín, Totalrevision 387. Generell warnt auch Häfelin, Verfassungsgebung, 107 vor Verfassungsnormen, welche mehr in Aussicht stellten, als sie wirklich zu gewährleisten vermöchten.

Der Bearbeitung bedürfen folglich die Justiziabilitätsfrage und das Problem der Verfassungsgerichtsbarkeit.

c. Zusammenfassender Vergleich

1. Bei der Gegenüberstellung von Sozialstaatsklausel und Wohlfahrts- bzw. Zweckartikel fällt als erstes die unterschiedliche Stellung im Verfassungsgefüge auf: Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes wird schon durch die Ewigkeitsgarantie ins Zentrum der Betrachtung gerückt. Ein übriges tut die Verknüpfung mit den Gegenpolen Rechtsstaat und Demokratie. Deren Bedeutung wird zwar unterschiedlich bewertet, doch ist der Verfassungsinterpretation und der Gesetzgebung die Aufgabe überantwortet, ein fragiles Gleichgewicht zu wahren. Besondere Beachtung ist der Tatsache zu schenken, dass das Grundgesetz eine Generalklausel an die Stelle sozialer Grundrechte (183) setzt, - sieht man von den Garantien der Art. 5 III, 6 und 7 ab. Der Sozialstaatsgrundsatz hat zusammen mit dem Gleichheitssatz als gewichtiger Ausdruck sozialer und sozialstaatlicher Tendenz des Grundgesetzes zu gelten.

Demgegenüber rücken Wohlfahrts- und Zweckartikel neben der Vielzahl auf soziale Gehalte im weitesten Sinne gerichteten zielorientierten Kompetenznormen in den Hintergrund, umso mehr, als sie Lehre und Rechtsprechung bis jetzt zu einem Schattendasein verurteilt haben.

(183) Dieser Gesichtspunkt wird auch von Müller, Grundrechte, 775 betont; dazu Weinhold, Rechtsprechung, 18 ff; Hesse, Grundzüge, 84. Martens, Leistungsstaat, 12, spricht von weitgehender "Enthaltsamkeit in Ansehung sozialer Verbürgungen".

2. Es ist nicht einzusehen, warum dies so bleiben muss. In mancher Hinsicht sind Sozialstaatsklausel und Wohlfahrts- bzw. Zweckartikel durchaus vergleichbar: Sie erfüllen eine Funktion als Auslegungshilfe, als Rahmenordnung für eine bestimmte gesellschaftliche Ordnung (184), und geben dem Gesetzgeber Impulse im Sinne eines dauernden Gemeinwohlauflages.

3. Bezogen auf die Wirtschafts- und Sozialverfassung verleihen Zweck- und Wohlfahrtsartikel der Auffassung Gewicht, wonach der soziale Rechtsstaat den verbindlichen Auftrag hat, eine "marktorientierte und sozialverpflichtete Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung zu verwirklichen" (185).

d. Konsequenz

Zwischen der Sozialstaatsklausel des Deutschen Grundgesetzes und den Staatszielbestimmungen der Bundesverfassung besteht in verschiedener Hinsicht Übereinstimmung. Das legt den Schluss nahe, dass die bestehenden Differenzen in der Wertung, namentlich die stärkere normative Gewichtung der Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes (186), vor allem auf die unterschiedliche Ausprägung der rechtlichen Strukturen, der institutionellen Grundlagen zurückzuführen sind.

(184) Müller, Grundrechte, 774; Gygi, Wirtschaftsverfassung, 105, 149.

(185) Gygi, Wirtschaftsverfassung, 84, 149.

(186) Tschudi, Sozialstaat, 132.

II. PROBLEME BEI DER FRUKTIFIZIERUNG VON STAATSGESETZESZIELBESTIMMUNGEN

A. JUSTIZIABILITÄT VON STAATSGESETZESZIELBESTIMMUNGEN

1. Definition

Ein Problem bezeichnet man dann als justiziabel, "wenn genügend Kriterien juristischer Argumentation zur Verfügung stehen, um es in optimal vertretbarer Weise zu lösen" (187). Um diesen Satz zu verdeutlichen, ist seine teleologische Komponente herauszuschälen: Eine Norm ist nicht an sich justiziabel oder eben nicht. Massgeblich ist vielmehr, welche Frage unter welchem Gesichtspunkt die richterliche Beurteilung beantworten oder lösen soll. So haben wir behauptet, die Sozialstaatsklausel und die Staatszielbestimmungen der Bundesverfassung seien als Anspruchsnormen wegen ihrer geringen Normdichte untauglich. Wohl aber kann die Justiziabilität bezüglich einer anderen Fragestellung gegeben sein, z.B. wenn Staatszielbestimmungen als Auslegungsrichtlinien fungieren.

2. Justiziabilität und Verfassungsgerichtsbarkeit

Das Justiziabilitätsproblem ist zunächst unter Berücksichtigung der geltenden Rechtslage ins Auge zu fassen, denn de lege ferenda erscheint es in einem neuen Licht: Geht man nämlich von der hier zugrunde gelegten Annahme aus, die Staatszielbestimmungen der BV seien der Sozialstaatsklausel des GG vergleichbar, so ist zu überlegen, ob der Beizug dieser Grundsätze den Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit voraussetzt (188).

(187) Müller, Grundrechte, 884.

(188) Huber, Rückblick, 70 f.

De lege lata ist dabei dem Einwand Rechnung zu tragen, den Grisel formuliert (189): " ... dans une constitution qui n'instituerait pas une juridiction constitutionnelle la clause de 'l'Etat social', lapidaire et imprécise, comporterait un risque, car elle ouvrirait aux organes politiques la possibilité d'adopter pour ainsi dire n'importe quelle mesure en se fondant sur une base constitutionnelle". Diese Möglichkeit ist nicht von der Hand zu weisen, wenn keine Kontrolle durch das Verfassungsgericht erfolgt. Andererseits zeigt der Ist-Zustand, dass Staatszielbestimmungen nicht leicht aus ihrem Dornröschenschlaf zu erwecken sind, weil sie juristisch keineswegs eindeutig qualifiziert sind. Implizit ist dadurch die Frage aufgeworfen, ob die Tendenz zur Fruktifizierung von Staatszielbestimmungen die Gefahr bringt, dass der Gesetzgeber Erlasse auf eben diese ungenügende verfassungsrechtliche Grundlage abzustützen sucht (190), oder in den entgegengesetzten Fehler verfällt und den in ihnen enthaltenen Richtlinien oder Zielen zu wenig Rechnung trägt, weil die Präventivwirkung der abstrakten wie der konkreten Normenkontrolle fehlt.

3. Gesichtspunkte de lege ferenda

De lege ferenda ist eine Erweiterung der Kompetenzen des Verfassungsgerichts wünschbar: Dieser Forderung trägt der Verfassungsentwurf (VE) teilweise Rechnung. Die Staatszielbestimmungen der Artikel 1 und 2 VE finden eine sinnvolle Entsprechung in der Regelung der Verfassungsgerichtsbarkeit gemäss Art. 109 VE. Immerhin hat ein Kompromiss innerhalb der Kommission dazu geführt, dass die Anfechtung von Bundesgesetzen im Sinne a b s t r a k t e r Normenkontrolle nicht vor-

(189) Grisel, *Droits sociaux*, 111.

(190) Vgl. auch Grisel, *Droits sociaux*, 101, "... interprétées généreusement elles (les dispositions-programmes) autoriseraient n'importe quelle intervention de l'Etat".

gesehen ist (191), sondern nur Entscheide im Einzelfall überprüft werden sollen. Anders verhält es sich bezüglich kantonaler Gesetze innerhalb der Anfechtungsfrist.

Ungeklärt ist die Frage des Stellenwertes der akzessorischen richterlichen Ueberprüfung. Sie wird einerseits dadurch relativiert, dass sich das Bundesgericht potentiellen Kollisionen zwischen Verfassung und Gesetz durch verfassungskonforme Auslegung (192) nach Möglichkeit entzieht. Ausserdem auferlegt sich das Bundesgericht in seiner Praxis traditionell Zurückhaltung (193) im Sinne des *judicial self-restraint* (194). Gerade im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung der Ausführungsgesetzgebung von Verfassungsartikeln ergibt sich ein Einflussbereich für die Staatszielbestimmungen "im Sinne einer grösseren Bereitschaft individuell-anspruchsbegründender Auslegung" (195).

(191) VEB, 182, in Verbindung mit Art. 109 II lit. a. und 109 III.

(192) Haller, Verfassungsgerichtsbarkeit, 525; Mastronardi, Menschenwürde, 118 ff; dazu BGE 102 Ia 109, 100 Ia 105, 99 Ia 636, 99 Ia 274, 96 I 187, 95 I 332; vgl. auch die Monographie von Campiche, Auslegung, 75 ff, 85. Zur Problematik vgl. zudem Imboden, Normenkontrolle, 138 ff; die verfassungskonforme Auslegung von Bundesgesetzen befürwortend, 143.

(193) Vgl. dazu aber auch die neueste Entwicklung, die eine Lockerung anzeigt: In BGE 103 Ia 468 wurde das Gebot verfassungsmässiger Auslegung als zulässiger Grund für die Abweichung vom Wortlaut anerkannt. Dazu die Bemerkung von Müller, ZBJV 115 (1979) 119 f. In BGE 102 Ia 279 ff (287) vertrat das Bundesgericht im Unterschied zu BGE 99 Ia 262 ff (272 ff, 274) den Standpunkt, es genüge nicht, wenn Vorschriften grundsätzlich eine verfassungskonforme Auslegung zuliessen, sondern verlangte eine "sachgerechte gesetzgeberische Lösung ..., welche selber die mögliche und gebotene Gewähr für eine verfassungsmässige Rechtsanwendung" biete.

(194) Haller, aaO, 517.

(195) Müller, G rundrechte, 851.

Das richterliche Prüfungsrecht von Bundesgesetzen dürfte nicht zu einer "Vermischung der Grenzen zwischen gesetzgeberischer und richterlicher Verfassungskonkretisierung führen" (196). Der Grund liegt darin, dass die Verwaltungs- oder eine andere Spezialgerichtsbarkeit den Verfassungsrichter ablöst, sobald sich "im politischen Prozess Sozialrechte (197) in der Gesetzgebung zu durchsetzbaren Ansprüchen verdichtet haben" (198). Mit anderen Worten: Die Funktion des Verfassungsrichters tritt nur *s u b s i d i ä r* in Erscheinung, wenn der Gesetzgeber andrängende Probleme der Sozialgestaltung nicht bewältigt.

Vom Bemühen um eine Fruktifizierung der Staatszielbestimmungen aus betrachtet scheint dies wenig ermutigend. Es fragt sich, ob nicht mehr Hoffnung auf die abstrakte Normenkontrolle auch der Bundesgesetze zu setzen wäre. Allein, das bedingt, dass trotz vorangegangener abstrakter Kontrolle eine Prüfung bei aktuellem Rechtsschutzbedürfnis, das heisst im Einzelfall, als zulässig erachtet wird (199). Die Aenderung und Weiterentwicklung der Verfassungsinterpretation dürfte sich folglich nicht auf neu erlassene Bundesgesetze beschränken, sondern

(196) Haller, aaO, 518 ff, 521; ebenso Schmid, Ausgestaltung, 141, 144 f.

(197) Im vorliegenden Zusammenhang liesse sich das Wort "Sozialrechte" ohne weiteres durch "Zielbestimmungen" ersetzen (d. Verf.).

(198) Müller, aaO, 853. Dieser Gesichtspunkt wird in den Erwägungen Grisels zur judiziellen Bewältigung der Sozialrechte herausgearbeitet. Vgl. Grisel, Droits sociaux, 144.

(199) Gl.M. Campiche, Auslegung, 79 f: "In einem späteren Verfahren und insbesondere im Rahmen einer vorfrageweisen Ueberprüfung kann die Verfassungsmässigkeit erneut in Frage gestellt werden". A.M. Schmid, Ausgestaltung, 142 f; VEB, 180.

müsste auch bereits geltendes Recht einbeziehen (200). So sollen denn auch bundesstaatliche Verordnungen und Bundesdekrete sowohl der abstrakten wie der konkreten Normenkontrolle unterliegen (201). Das Problem stellt sich in ähnlicher Weise wie bei der Gewährleistung kantonaler Verfassungen durch präventive und abstrakte Kontrolle durch die beiden Räte aufgrund von BV Art. 6 in Verbindung mit BV Art. 85 Ziff. 7. Dort versagt sich das Bundesgericht leider eine akzessorische Kontrolle, obwohl die Ueberprüfung durch die Legislative nur eine summarische sein kann. Beachtung verdient der Einwand, die generelle Einführung der abstrakten Normenkontrolle würde zu einer Politisierung der Justiz führen. Allerdings sind die Wahlen der Bundesrichter durch den Parteienproporz geprägt (202). Ausserdem ist Recht nie unpolitisch, schon gar nicht Verfassungsrecht; "Verfassungsrecht ist normative Ordnung politischer Bereiche" (203/204). Der Verzicht auf die

- (200) A.M. Schmid, *Ausgestaltung*, 142 f, der die Meinung vertritt, in den Fällen, die in der abstrakten Prüfung nicht vorausgesehen oder unrichtig gewürdigt würden, könnte später trotz aktuellem Rechtsschutzbedürfnis nicht mehr geholfen werden.
- (201) VEB 182 f.
- (202) Dies die Meinung von Haller, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 522 f.
- (203) Das anerkennt im Prinzip auch Haller, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 512 f; ausserdem Schmid, *Ausgestaltung*, 138; Eichenberger, *Unabhängigkeit*, 126 ff, 127; "... der Gegenstand der Verfassungsrechtsprechung ist politischen Gehalts; die Rechtsprechung im Verfassungsbereich ist selbst zu einem Teil Politik". Ehmke, *Verfassungsinterpretation*, 65, sieht in der politischen Natur des Verfassungsrechts gerade dessen Eigenart. Zur Verfassung als politischem Werk auch Saladin, *Unerfüllte BV?*, 313. Zu Politisierung und Verfassungsgerichtsbarkeit ferner Campiche, *aaO*, 76 f, mit Literaturhinweisen.
- (204) Zum damit eng verbundenen Vorverständnis vgl. vorne 1. Teil/ I.D.1..

abstrakte Normenkontrolle leuchtet jedoch ein, hält man sich vor Augen, dass der Verfassungsgerichtsbarkeit nach der Konzeption des Entwurfs wegen der offenen Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen schon jetzt eine überzogene Bedeutung zukommt (205).

4. Die Justiziabilität von Art. 2 und Art. 31 bis Abs. 1 BV

a. Gewichtsverlagerung auf Gesetzgebung und Verfassungsrechtsprechung

Die Fruktifizierung von Staatszielbestimmungen als Ausdruck einer verstärkten Zielorientierung in Verfassungs- und Gesetzgebung zieht eine Gewichtsverlagerung vom Gesetzgebungsverfahren auf die Verfassungsrechtsprechung nach sich (206), sofern sie mit einer Ausweitung der Verfassungsgerichtsbarkeit einhergeht. Dies fordert vom Verfassungsgericht, dass es einen Massstab entwickelt, der zu überprüfen erlaubt, ob sich die Gesetzgebung auf die Staatsziele ausrichtet oder nicht.

b. Perspektiven für die Anwendung

1. Staatszielbestimmungen sind zur verfassungskonformen Auslegung beizuziehen. Ausserdem ist zu prüfen, ob Staatszielbestimmungen nicht als Grundlage für Entscheide im Sinne negativer Abgrenzung denkbar wären. Erforderlich ist ein Massstab, nach dem sich bestimmen lässt, was mit Wohlstands- und Zweckartikel als vereinbar zu gelten hat (207). Diese Methode ist

(205) Vgl. hinten, 3. Teil/III.C.2.a..

(206) Analog zu der von Müller, Grundrechte, 842, bezüglich anspruchsbegründender Sozialrechte diagnostizierten Konsequenz.

(207) Vgl. 2. Teil/I.C.2.b. und 2. Teil/II.B.3.a.bb..

der Willkürprüfung durch das Bundesgericht vergleichbar, kann sich somit grundsätzlich auf die Rechtsanwendung wie auf die Gesetzgebung beziehen (208).

2. Andererseits ist einzuräumen, dass bei der heutigen Konzeption der Verfassungsgerichtsbarkeit die Rüge unerfüllter Gesetzgebungsaufträge auf der Ebene des Bundesrechts nicht realisierbar ist. Sanktionen im Sinne der Ersatzvornahme sind nur im Verhältnis zwischen Bund und Kantonen möglich (209). Ob sich daraus bei der Erweiterung des richterlichen Prüfungsrechts etwas ändern würde, muss dahingestellt bleiben.

Die Grenzen der Justiziabilität der Staatszielbestimmungen liegen erheblich unter diesem Standard, denn unmittelbare richterliche Konkretisierung von BV Art. 2 oder BV Art. 31 bis I ist ausgeschlossen. Die Staatszielbestimmungen sind offen strukturiert und enthalten potentiell eine Vielzahl möglicher Entscheidungen (210). Diese sind nur durch den Gesetzgeber konkretisierbar und können sich entsprechend dem Wandelung unterliegenden Vorverständnis ändern. Darin wiederum liegt ein Grund, die Staatszielbestimmungen bezüglich ihrer Aktualisierung im Rahmen eines Grundtenors offen zu halten (211). Das gilt umso mehr, als z.B. der Zweckartikel (212) ein vielfältiges

(208) Haefliger, Rechtsgleichheit und Gesetzgeber, 381 f.

(209) So auch Häfelin, Verfassungsgebung, 121.

(210) Müller, Grundrechte, 844.

(211) Diese Aufgabe vermöchte der Verfassungsrichter nur schwer zu bewältigen: Sobald ausschliesslich aus der Verfassung legiferiert wird, hängt eine Veränderung primär von abstrakter besserer Einsicht ab und nicht von gewandelten Auffassungen, die sich in einer Gesetzesänderung verhältnismässig mühelos herauskristallisieren kann, da die Gesetzgebung Ausdruck eines politischen Prozesses bildet. Krüger, wirtschaftspolitische Entscheidungen, 291.

(212) Etwa Knapp, Droits sociaux, 346 f, zum Konflikt zwischen "politique sociale" und "politique économique".

Spektrum gegensätzlicher Anliegen vereint, und eine Synthese - wenn überhaupt - erst durch den Gesetzgeber erreicht werden kann (213). Unter diesem Aspekt sind auch die prozessualen Fragen zu erörtern, welche die Nichterfüllung von Programmsätzen, seien dies Staatszielbestimmungen oder soziale Grundrechte, und von Gesetzgebungsaufträgen aufwirft (214). Ein Verlangen nach Rechtsschutz wird in materieller Hinsicht gerade wegen der konstruktiven Freiheit des Gesetzgebers, d.h. der Selbstverantwortlichkeit des Parlamentes als eines politischen Organs, und der allfälligen Mitwirkung des Referendumsvolkes kaum gestillt werden können (215). Die zuständige gerichtliche Instanz wird sich meist darauf beschränken müssen, die unvollständige Ausführung oder Unterlassung eines Gesetzgebungsauftrages festzustellen (216). Je technischer oder komplexer die Materie, desto schwerer wird es dem Richter fallen, das der Handlungspflicht des Gesetzgebers allenfalls entsprechende subjektive Recht judiziell unmittelbar zu verwirklichen (217): Nichterfüllung eines Verfassungsauftrages im Sinne einer "Rechtsverweigerung durch den Gesetzgeber" ist dogmatisch nicht bewältigt, zumal auch das Volk an der Gesetzgebung unmittelbar

(213) Lerche, Verfassungsdirektiven, 349.

(214) Vgl. dazu Knapp, *Droits sociaux*, 350 f. Die Problematik setzt sich auf der Ebene der Gesetzgebung fort, sobald der Verwaltung Aufträge erteilt werden, die sich dem Schema Norm-Normvollzug entziehen. Besonders deutlich wird dies im Planungsrecht: Wo staatliches Handeln auf die Uebereinstimmung mit Zielen von Gesetzesprogrammen zu prüfen ist, versagt das herkömmliche Rechtsschutzverfahren, da es sich nicht mehr in ein System von Pflichten und Ansprüchen einordnen lässt. Linder, *Planung und Verfassung*, 389 f.

(215) Lerche, *Verfassungsdirektiven*, 350. Häfelin, *Verfassungsgebung*, 122. Auch Huber, *Feilen und Rütteln im Bundesstaat*, 126.

(216) Wildhaber, *soziale Grundrechte*, 387 f.

(217) Dieser Gesichtspunkt scheint bei Schaumann, *Auftrag des Gesetzgebers*, 53 unterbewertet.

beteiligt sein kann (218). Dies ändert jedoch nichts daran, dass Kompetenznormen, unabhängig von ihrer inhaltlichen Gestaltung, grundsätzlich - wenn auch in unterschiedlicher Intensität - einen Auftrag an den Gesetzgeber enthalten (219).

3. Beispiele: Auch bei generell auf Erlasse des Bundesrechts erweiterter Normenkontrolle dürfte die Erfüllung des Gesetzgebungsauftrages von BV 34 quinquies Absatz 4 (Mutterschaftsversicherung) in jedem Falle ausserhalb der Reichweite verfassungsrichterlichen Eingreifens liegen, nicht aber die *B e a n s t a n d u n g* einer allfälligen Regelung gemessen am Massstab von BV Art. 2 und 31 bis I (220).

Damit ist nicht die Praxis des Bundesgerichts zum Doppelbesteuerungsverbot (221) zu verwechseln, die zwar ebenfalls auf ein Versäumnis des Bundesgesetzgebers zurückgeht. Seit jeher hat das Bundesgericht im Doppelbesteuerungsrecht und im Verbot, Kultussteuern von Personen zu erheben, die nicht der betreffenden Religionsgemeinschaft angehören, verfassungsmässige Rechte erblickt (222). Im ersten Fall wurde dieses Vorgehen dadurch erleichtert, dass es sich um kollisionsrechtliche oder Abgrenzungsfragen handelt, die der Natur richterlichen Entscheidens entgegenkommen. Es sind aber auch weitere Fälle

(218) Betont bei Meier-Hayoz, Eigentumsordnung, 326. Ebenso Lerche, Verfassungsdirektiven, 350 ff.

(219) 1. Teil/II.B.4..

(220) Ob das selbe Ergebnis nicht auch durch eine grosszügigere Interpretation von BV Art. 4 erreicht werden könnte, wird unter 2. Teil/II.B. näher untersucht.

(221) Vgl. etwa BGE 101 Ia 483; 102 Ia 143.

(222) Huber, verfassungsrechtliche Bedeutung, 124; derselbe, zur Doppelbesteuerung, Das interkantonale Doppelbesteuerungsrecht als Richterrecht, in: Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Bern 1971, 524, Marti, Staatsrechtliche Beschwerde, 35 f.

denkbar: So müsste zum Beispiel das Streikrecht nicht des richterlichen Schutzes entbehren (223). Ohne die Bindung an Art. 113 Abs. 3 BV wäre ferner die Gewährleistung eines Mindeststandards der Sozialgesetzgebung mit Hilfe von Wohlfahrts- und Zweckartikel denkbar, eine Interpretation, die sich an Theorie und Praxis zur Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes orientieren könnte (224). Dabei ergäbe sich nach dem geltenden Recht auch ein kaum zu bewältigender dogmatischer Konflikt mit OG Art. 84 lit. a., weil BV Art. 2 und 31 bis I keine unmittelbaren subjektiven Rechtsansprüche zu verleihen vermögen. Die staatsrechtliche Beschwerde ist indessen nur wegen Verletzung *v e r f a s s u n g s m ä s s i g e r R e c h t e* (225) möglich.

(223) Bei Knapp, aaO, 351.

(224) Vgl. 1. Teil/II.C.3.a. sowie hinten 2. Teil/II.B.3.a.bb..

(225) Dazu Marti, Staatsrechtliche Beschwerde, 33 ff.

B. STAATLICHE LEISTUNGSPFLICHTEN UND IHRE ABSTUETZUNG AUF GRUNDRECHTE UND STAATSZIELBESTIMMUNGEN

1. Der Stellenwert einer möglichen Horizontalwirkung der Staatszielbestimmungen und des Gleichheitssatzes

Das hier vertretene Grundrechts- und Verfassungsverständnis geht, wie des öfteren betont, davon aus, dass die Zuerkennung staatlicher Leistungen und die Horizontalwirkung sich als Ausdruck des institutionellen Grundrechtsverständnisses gegenseitig bedingen (226). Die Lehre ist sich im grossen und ganzen darüber einig, dass nicht von jedem Grundrecht in gleichem Masse eine Ausstrahlung in der Horizontalrichtung ausgehen kann. Eine solche muss vielmehr von Grundrecht zu Grundrecht anhand praktischer Fälle allmählich ausgelotet werden (227). Eine Drittwirkung des Petitionsrechts zum Beispiel dürfte sich als wenig sinnvoll erweisen. Andere Rechte wie Gewerkschaftsfreiheit und Streikrecht dagegen, die den klassischen Grundrechtskatalog sprengen, erfahren ihre Bedeutung überwiegend oder ausschliesslich in der Horizontalrichtung (228).

Ausgehend von der weitgefassten Formulierung beider Staatszielbestimmungen lässt sich vermuten, "ihr Inhalt könnte vermittels verfassungskonformer Auslegung unbestimmter, interpretationsbedürftiger Rechtsbegriffe in die Gesetzgebung ein-

(226) Vgl. zum gewandelten Inhalt der klassischen Grundrechte anstatt vieler Knapp, *Droits sociaux*, 349: "Il paraîtrait donc que les droits individuels, eux aussi, ne s'épuisent pas dans un devoir constitutionnel d'abstention de l'Etat mais nécessitent une action de définition et de protection de sa part".

(227) Zusammenfassend dazu Bericht KVE/ AG, 29.

(228) Grisel, *Droits sociaux*, 137.

fliessen und das Handeln von Verwaltung und Gerichten zielgerichtet beeinflussen" (229). Hier wirkt die "Sozialstaatsklausel" der Bundesverfassung als Impulsnorm. Ist eine unmittelbare Wirkung auf den Verkehr der Bürger untereinander mangels konkret ableitbarer Ansprüche abzulehnen, so füllen die Staatszielbestimmungen eine Lücke, wo der "soziale Lebensraum des Einzelnen in ähnlicher Weise zu schützen ist, wie das Eigentum gegen Störungen und Schädigungen Dritter" (230) abgeschirmt wird. Dieser Einfluss bemisst sich wie die Auswirkung grundrechtlicher Ordnungsprinzipie nach der sozialen Machintensität der Bedrohung durch Privatrechtssubjekte (231).

2. Staatliche Leistungspflichten aus Grundrechten - Blick auf die neueste Praxis des Bundesgerichts

Im Rahmen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Anerkennung der Drittwirkung der Meinungsäusserungsfreiheit durch den Kassationshof des Bundesgerichts (232) in den Mittelpunkt zu stellen. Hierhin gehört auch die behutsame Praxis zu den Begehren, dem Demonstrationsrecht den Schutz eines ungeschriebenen verfassungsmässigen Rechts zuteil werden zu lassen (233). Noch in BGE 96 I 219 (232) und BGE 99 Ia 693 hatte das Bundesgericht die Frage offen gelassen, ob bei Demonstrationen

(229) Wildhaber, soziale Grundrechte, 387.

(230) Suhr, Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 80.

(231) Müller, Persönlichkeitsschutz, 167.

(232) BGE 101 IV 167 ff, 172: "auch wenn die Meinungsäusserungsfreiheit primär die Beziehungen zwischen dem Bürger einerseits und dem Staat andererseits betrifft, so müssen ihr doch auch Wirkungen im horizontalen Verhältnis (d.h. zwischen den Bürgern) zuerkannt werden". Kommentiert bei Haller, Lehrfreiheit, 132 f.

(233) BGE 96 I 219 ff; 100 Ia 392 ff.

ein Anspruch auf die Benützung des öffentlichen Grundes bestehe (234). - Nach wie vor lehnte es zwar in BGE 100 Ia 392 ff die Demonstrationsfreiheit als ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht ab, anerkannte jedoch unter gewissen Voraussetzungen bei verfassungsmässiger Interessenabwägung einen Anspruch auf Zuweisung eines öffentlichen Platzes (235), worin eher ein blosses Dulden zu erblicken ist (236). Die Ambivalenz der bundesgerichtlichen Haltung wird im Lichte der undifferenziert vertretenen Theorie (237) deutlich, wonach dem Benutzer einer öffentlichen Anstalt kein subjektives Recht auf Benützung zustehe: Demgegenüber ist mit den Worten Müllers (238) zu betonen, dass "derartige oder ähnliche Ansprüche (z.B. auf Benutzung des öffentlichen Bodens) sich aus bestimmten Grundrechten, wie etwa der Handels- und Gewerbefreiheit oder der Meinungsäusserungsfreiheit" ergeben können (239). Im selben Entscheid anerkennt jedoch das Bundesgericht die g r u n d r e c h t s ä h n l i c h e Q u a l i t ä t (240) des Zulassungsanspruches, indem es die Beschränkung des Gesetzes-

(234) BGE 96 I 224/232.

(235) BGE 100 Ia 392, 404 f.

(236) Etwa im Fall Aleinick, BGE 96 I 586 ff, 592 f. Anders Mastronardi, Menschenwürde, 90 f, der auch in den anvisierten Fällen, wo der Staat seinen Boden zur Verfügung stellt, von Leistung spricht.

(237) Etwa noch in BGE 103 Ia 379; vgl. Kritik Müller, ZBJV 115 (1979) 121.

(238) Kritik Müller, aaO, 121.

(239) Vgl. BGE 103 Ia 544: Anspruch auf rechtsgleiche Zulassung zu einem Bergführerkurs.

(240) Müller, aaO, 120.

vorbehaltes auf die Eingriffsverwaltung aufgibt (241). Offensichtlich konnte es sich der Einsicht nicht verschliessen, "dass Massnahmen der leistungsgewährenden Verwaltung je länger je mehr die Voraussetzung für die tatsächliche Inanspruchnahme und die freie Entfaltung der in der Verfassung gewährleisteten Grundrechte sind" (242).

Abzulehnen ist demzufolge die vom Bundesgericht grundsätzlich noch immer vertretene These, die Handels- und Gewerbefreiheit begründe keinen Anspruch auf staatliche Leistungen (243), zumal BGE 101 Ia 473 eine Aenderung der Rechtsprechung herbeigeführt zu haben schien. Dort wurde festgehalten, "que l'administré qui fait un usage commun accru du domaine public aux fins d'y exercer une activité lucrative professionnelle peut invoquer la liberté du commerce et de l'industrie, dans la mesure où le but du domaine public le permet" (244). Dadurch wird der Wirkungsbereich der Grundrechte im Sinne einer durchgehenden "Grundrechtsorientiertheit allen staatlichen Handelns" ausgedehnt (245).

(241) "Der Gesetzesvorbehalt sollte in der Regel auf dem Gebiet der 'Leistungsverwaltung' dann keine Abschwächung erfahren, wenn die vom Staat zugesicherten Leistungen im engen und unabdingbaren Zusammenhang mit Verpflichtungen stehen, die dem Bürger auferlegt werden. Er ist auch in der Regel streng in bezug auf die Regelung von staatlichen Leistungen zu beachten, welche die tatsächlichen Voraussetzungen für die Ausübung und die Entfaltung der verfassungsmässig gewährleisteten Freiheitsrechte schaffen, besonders dann, wenn dem Staat auf diesem Gebiet eine Monopolstellung zukommt" (BGE 103 Ia 369 ff, 383).

(242) BGE 103 Ia 389.

(243) BGE 103 Ia 378 mit Bezugnahme auf 102 Ia 396 E.9.

(244) BGE 101 Ia 473 ff, 480 f: zu beachten ist, dass es auch hier eher um eine D u l d u n g s p f l i c h t denn ein aktives Leisten des Staates geht.

(245) Mastronardi, Menschenwürde, 90.

3. Art. 4 BV und die Staatszielbestimmungen: Gemeinsamkeiten der Problematik

a. Allgemeines

aa. Wandel der Rechtsgleichheit

Neben dem abstrakten Begriff der Rechtsgleichheit, der formalen Gleichbehandlung im Hinblick auf einen bestimmten Bezugspunkt (246), hat der Gleichheitssatz auch einen materiellen Aspekt (247).

Die blosse *iustitia commutativa* wird durch die *iustitia distributiva* ergänzt, welche voraussetzt, dass der zu beurteilende Sachverhalt in seiner tatsächlichen Besonderheit gewertet wird und dem "einzelnen die Bedingungen seiner Existenz von 'ausser' schafft" (248). Was das Gerechtigkeitsgebot von BV 4 im konkreten Einzelfall fordert, entzieht sich jedoch abstrakter begrifflicher oder definitorischer Fixierung genau so wie etwa der Begriff der Willkür (249).

Eine abschliessende Definition des Gerechten scheitert an der "Vielfalt der Lebenssituationen und der Unfassbarkeit von Werten in abstrakten Begriffen" (250). Immerhin wird man als gesichert festhalten dürfen, dass die gemeinsame Zielsetzung des

(246) Vgl. dazu Hesse, Gleichheitsgrundsatz, 172 ff; Weber-Dürler, Rechtsgleichheit, bes. 24 ff, mit vielen Literaturhinweisen.

(247) Müller, Persönlichkeitsschutz, 71 f; derselbe, Grundrechte, 880 f; Huber, verfassungsrechtliche Bedeutung, 131; zur Würde des Menschen als materielles Substrat der Rechtsgleichheit, Mastronardi, Menschenwürde, bes. 250 ff, 284 ff.

(248) Weinhold, Rechtsprechung, 90.

(249) Huber, aaO, 132; Weber-Dürler, Rechtsgleichheit, 171 ff.

(250) Müller, Persönlichkeitsschutz, 72.

Gleichheitssatzes und der aus einem Teilgehalt von BV Art. 2 in Verbindung mit BV Art. 31 bis I formierten "Sozialstaatsklausel" darin liegt, *C h a n c e n g l e i c h h e i t* oder besser: *C h a n c e n g e r e c h t i g k e i t* im Sinne ausgeglichener Voraussetzungen für den Gebrauch rechtlich garantierter Freiheiten zu schaffen (251). Beispiele solcher positiver Wirkungen sind das prozessuale Armenrecht, abgeleitet aus BV 4, das als verfassungsmässiges Recht gilt, und die Statuierung gleicher Entlohnung von Mann und Frau bei gleicher Arbeit im öffentlichen Dienst (252). Ueber eine Ausweitung auf die Arbeitsbeziehungen generell hat sich das Bundesgericht nicht ausgesprochen, sondern die Frage mit dem Hinweis darauf, dass in der Privatwirtschaft das Gehalt normalerweise auf dem Vertragsweg fixiert werde, beiseite gewischt. Der Anspielung auf die Privatautonomie ist aber immerhin entgegenzuhalten, dass mit Blick auf die objektiv-rechtliche Seite der Rechtsgleichheit eine adäquate Ausgestaltung auch der privatrechtlichen Beziehungen ins Auge zu fassen wäre.

bb. Bereich funktioneller Uebereinstimmung zwischen Art. 4 BV und der "Sozialstaatsklausel" der Bundesverfassung

Die Bedeutung der Rechtsgleichheit manifestiert sich in der Praxis des Bundesgerichts zum Willkürverbot. "Das Gerechtigkeits-

(251) Müller, Grundrechte, 883 f; Tschudi, Sozialstaat, 131; auch schon Hesse, Gleichheitsgrundsatz, 220 f; Häberle, Leistungsstaat, 97: "... grundrechtliche Freiheit (soll) möglich sein, ohne zur Pflicht zu werden". Für Chancengleichheit als Ziel der Rechtsgleichheit auch Mastroiardi, 251, 305; als Ziel einer gerechten, menschenwürdigen Gesellschaftsordnung, Fleiner, Gerechtigkeit, 94. Vgl. dazu auch Maunz, Dürig, Herzog, Scholz, 85 f/ Rdn 184 ff zu GG Art. 20 (Bearbeitung 1976).

(252) BGE 103 Ia 517 ff; neuestens 105 Ia 120 ff.

gebot von BV 4 lässt sich v o r w i e g e n d n e g a t i v (253) verwirklichen, indem das Verfassungsgericht willkürliche Hoheitsakte aufhebt; dagegen versagt es, wo der Gesetzgeber am Wege liegende Gesetzespostulate unerfüllt lässt " (254). Funktionell stünden dem Richter keine Hindernisse im Wege, für die Fruktifizierung von Staatszielbestimmungen Massstäbe (255) analog zur Willkürprüfung (256) zu formulieren. Gesetze und Verwaltungsakte wären - abhängig vom Entwicklungsstand der Verfassungsgerichtsbarkeit - auf Konformität mit der aus BV Art. 2 und 31 bis Abs. 1 konstituierten "Sozialstaatsklausel" zu prüfen. Diese Abgrenzungsfunktion stimmt überein mit der Interpretation des Inhaltes des Sozialstaatsprinzips im Grundgesetz, dessen Bedeutung ebenfalls überwiegend im Verbot einer eindeutig unsozialen Politik besteht (257). Wie Willkür qualifizierte Rechtswidrigkeit, qualifiziertes Unrecht bedeutet (258), wäre ein Einschreiten erst bei qualifizierter Verletzung des Sozialstaatsprinzips möglich; neben BV Art. 4 als allgemeiner rechtsstaatlicher Mindestgarantie müssten BV Art. 2 und 31 bis Abs. 1 als sozialstaatliche Mindestgarantie treten.

(253) Hervorhebung vom Verfasser.

(254) Müller, Persönlichkeitsschutz, 73.

(255) Insofern ähnlich Benz, Sozialrechte, 19, der in BV 4 einen "Massstab der Gleichheit verwirklichenden sozialgestaltenden Gesetzgebung" sieht.

(256) Als Prüfungskriterien sind etwa die folgenden Formeln zu zitieren: Der Verfassungsrichter hat zu untersuchen, "ob sich die fragliche Ordnung auf ersthafte sachliche Gründe stützen lässt und ob damit rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen nicht zu finden ist". BGE 99 Ia 653/4 zitiert bei Saladin, Unerfüllte BV?, 326 ff; oder "... une décision est arbitraire lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté ou lorsqu'elle contredit d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité " (BGE 102 Ia 3 ff).

(257) Maunz, Dürig, Herzog, Scholz, 82/Rdn 173 zu GG Art. 20 (Bearbeitung 1976).

(258) Vgl. dazu Haeffliger, Rechtsgleichheit und Gesetzgeber, 380 ff.

cc. Subjektives Recht und Rechtsreflex

Damit ist ein weiteres für die Staatszielbestimmungen charakteristisches Problem angesprochen: Diese schaffen weder subjektive Rechtsansprüche, noch soll und vermag der Richter durch Konkretisierung in Konkurrenz zum Gesetzgeber (259) zu treten. Hier wie dort spielt die Unterscheidung zweier Erscheinungen eine Rolle: Diejenige zwischen subjektivem öffentlichem Recht, das in Grundrechten verankert ist, und dem blossen "Rechtsreflex", worin sich ein "Auftrag der Verfassung an den Staat zur Förderung der Grundrechtsinanspruchnahme ohne einen damit 'komplementären' Rechtsanspruch des Bürgers" ausdrückt (260). Dem entspricht annäherungsweise die Unterscheidung zwischen "derivativen Teilhabeansprüchen als Reaktion auf vorgängiges staatliches Handeln und der Erwähnung davon unabhängiger, also gleichsam originärer grundrechtlicher Leistungsansprüche" (261). Die "freiheitsschaffende Kraft" (262) der Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes wie der Staatszielbestimmungen der Bundesverfassung reicht nicht weiter als bis zu einem derartigen Rechtsreflex; Die objektiv-rechtliche Verpflichtung geht über die subjektiv eingeräumte Rechtsposition hinaus (263).

(259) Müller G., Inhalt und Formen, 106.

(260) Stern, Staatsrecht, 730 f.

(261) Bei Martens, Leistungsstaat, 21 und ff durchwegs; vgl. auch LS III.10.ff.

(262) Ausdruck bei Häberle, Leistungsstaat, 95; übernommen von Stern, aaO. 730.

(263) Martens, Leistungsstaat, 30; wohl nur in dieser allgemeinen Form zustimmend auch Häberle, Leistungsstaat, 112.

b. Die Frage der Leistungsansprüche aus BV Art. 4 in der neuesten bundesgerichtlichen Praxis

Nach der herkömmlichen Praxis des Bundesgerichts verleiht BV Art. 4 grundsätzlich keinen Anspruch auf Zuerkennung positiver Leistungen (264) mit Ausnahme des prozessualen Armenrechts (265) und den Fällen der Entschädigungsleistung bei materieller Enteignung, die den Ansprüchen an die Justiziabilität entgegenkommen. Abweichungen vom Grundsatz ergeben sich ausserdem immer dann, wenn das Bundesgericht sich zu einer Ausnahme von der kassatorischen Natur der staatsrechtlichen Beschwerde genötigt sieht (266/267).

Immerhin wurde schon in BGE 92 I 510 festgehalten, dass der Grundeigentümer ein Interesse an gewissen Leistungen des Staates habe. Der Schutz des Individuums gehe aber nicht über das hinaus, was BV Art. 4 und das daraus abgeleitete Prinzip der Gesetzmässigkeit und Verhältnismässigkeit böten. Insbesondere sei daraus für das Verhältnis zwischen Anstalt und Benützer

- (264) Gygi, Wirtschaftsverfassung, 145; dazu im Sinne einer Uebersicht auch Mastronardi, Menschenwürde, 88 ff.
- (265) Müller, Grundrechte, 842, 888: In diesem Fall vermag das Bundesgericht der Forderung nachzukommen, wonach die "Voraussetzungen faktischer Grundrechtsausübung in den Schutzbereich des Grundrechts einzubeziehen sind". Auch Saladin, Unerfüllte BV?, 326; derselbe, Fairness, 88.
- (266) Etwa BGE 97 I 225/6: Anweisung an eine kantonale Behörde, 230 E.4, d: Glaubens- und Kultusfreiheit als "Freiheitsrechte mit negativer und positiver Funktion". 98 Ia 455 ff, 457: Aufforderung an zuständige Stelle, eine Namensänderung zu bewilligen. 95 I 242: Anordnung der Freilassung aus der Sicherheitshaft.
- (267) Einen Sonderfall bilden die sogenannten "kleinen Sozialrechte", BV Art. 27 II und III, 53, 18 II, deren Anwendung jedoch nicht der Prüfung durch das Bundesgericht, sondern der Beschwerde an den Bundesrat unterliegt (VwG Art. 73). Dazu etwa Grisel, Droits sociaux, 117 ff.

zu folgern, dass die Zulassungsbedingungen für alle Benützer gleich sein müssten (268). Der Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung findet seine Schranke am Leistungsvermögen (269) der Anstalt: Numerus clausus ist als ultima ratio zulässig (270). Das bedeutet, dass Art. 4 BV - wenn auch in einem beschränkten Rahmen - einen Anspruch auf "rechtsgleiche Teilhabe (271/272) an öffentlichen Anstalten" garantiert (273). Auf die Rechtsgleichheit abgestützte Entscheidungen, etwa hinsichtlich von Zulassungsbedingungen, bleiben im Kern also nicht hinter den in der Bundesrepublik unter Zuhilfenahme der Sozialstaatsklausel getroffenen Regelung (274) zurück.

(268) So auch BGE 103 Ia 399, kommentiert von Müller, ZBJV 115 (1979), 121, 143. Auch Mastronardi, Menschenwürde, 180.

(269) Die Rolle der "wirtschaftlichen Unmöglichkeit" als grundrechtsbegrenzender Figur" nimmt als Folge des Leistungsstaates zu; vgl. Häberle, Leistungsstaat, 108. Die Grenzen der Leistungsverpflichtung des Gemeinwesens zeigen sich auch dort, wo die Frage auftaucht, ob die Eigentums-garantie durch die steuerliche Belastung tangiert sei: Vgl. dazu im Sinne einer Auswahl Martens, Leistungsstaat, 15 ff; Saladin, Grundrechte, 140 ff; Hesse, Grundzüge, 182 f; Müller, Grundrechte, 828; BGE 99 Ia 638 ff, 648 ff, wo offen gelassen wurde, ob eine konfiskatorische Besteuerung die verfassungsmässige Garantie des Privateigentums im Sinne der Institutsgarantie verletze (kritisiert bei Imboden/Rhinow, Nr. 109, B II c, S. 772).

(270) BGE 103 Ia 385.

(271) Vgl. zur Problematik dieses Begriffs 1. Teil/I.C.2.d..

(272) Zur Teilhabe bzw. Teilhaberechten Häberle, Leistungsstaat, 95 ff; Martens, Leistungsstaat, 21 ff.

(273) Müller, aaO, 121; gl.M. Mastronardi, Menschenwürde, 91; Mastronardi erblickt darin eine Ausrichtung der Rechtsgleichheit auf die Menschenwürde, der ein Mindestmass an materieller Gleichstellung der Menschen zu entnehmen sei, aaO, 180.

(274) Zum Vergleich: BVerfGE 33, 303 ff.

In den Entscheiden BGE 103 Ia 369 ff und 103 Ia 397 ff lehnt es das Bundesgericht ausdrücklich ab, über das Gebot der rechtsgleichen Behandlung hinausgehend Teilhaberechte aus Grundrechten abzuleiten (275). Zu Recht verwahrt es sich dagegen, ein allgemeines Sozialrecht auf Bildung durch die Hintertür höchstrichterlicher Rechtsprechung als ungeschriebenes Grundrecht in die Verfassung aufzunehmen (276).

4. Konsequenzen für die Dogmatik

a. Allgemeines

Wie dargestellt, klammert sich das Bundesgericht grundsätzlich an das alte schematische Denkmuster, wonach die Grundrechte keine Ansprüche auf positive Leistungen des Staates vermitteln (277); andererseits behandelt es innerhalb eines konkreten Entscheides "die Verweigerung positiver staatlicher Leistungen im Bildungswesen" doch wie eine Grundrechtseinschränkung (278).

Diese Ambivalenz verrät eine gewisse Unsicherheit des Bundesgerichts gegenüber den Anforderungen des Leistungsstaates (279). Ausgangspunkt bleibt aber nach wie vor der Grundsatz von der ausschliesslich negativen Bedeutung der Grundrechte und ihrer Beschränkung auf das Verhältnis Staat - Individuum.

(275) Müller, ZBJV 115 (1979), 121; die gleiche Meinung vertritt auch etwa Martens, Leistungsstaat, 28 ff.

(276) BGE 103 Ia 398; 103 Ia 377/8; 102 Ia 324/5; 100 Ia 194 E. 3c.

(277) Vgl. Kritik bei Saladin, Grundrechte, 375; derselbe, Un-erfüllte Grundrechte?, 325.

(278) BGE 103 Ia 361 ff, 380 f; Müller, ZBJV 115 (1979), 120.

(279) Mastronardi, Menschenwürde, 90 f, will darin allerdings die Vorbereitung eines "stillen Wandels im Grundrechtsverständnis des Bundesgerichts" erkennen.

So betrachtet bliebe die Regelung der Zulassung zum Universitätsstudium, anstatt auf der Ebene des grundrechtlich gesicherten Anspruchs zu erfolgen, letztlich auf die Dimension der Anstaltspolizei reduziert, was im Ergebnis indiskutabel wäre. Folglich drängt sich eine breitere Grundrechtskonzeption auf, charakterisiert durch eine Oeffnung hin zum institutionell-konstitutiven Grundrechtsverständnis.

b. Legitimation der sozialstaatlichen Interpretation von BV 4 durch die Staatszielbestimmungen

Soll die Rechtsgleichheit "zur obersten Leitmaxime und zur Obliegenheit (werden), auf soziale Gleichheit hin zu wirken und zu arbeiten, wo andere Zuständigkeiten die Gelegenheit dazu bieten" (280), so vermag sie diesen Anspruch nicht aus sich selbst heraus zu erfüllen. Die Rechtsgleichheit hat je länger desto mehr nicht nur die formelle Gleichheit zu sichern, sondern muss die tatsächlichen Verhältnisse ausgleichen oder anpassen (281). Andernfalls wird der Gebrauch der zugesicherten Freiheiten zu einem Privileg weniger (282).

(280) Gygi, Wirtschaftsverfassung, 147; vgl. auch 176.

(281) Müller, Grundrechte, 883; Hesse, Gleichheitsgrundsatz, 220 f; wahrscheinlich auch Martens, Leistungsstaat, 21 f; Gygi, Wirtschaftsverfassung, 147; schon Heller, Staatslehre, 257. Seinen Inhalt aber empfängt der Gleichheitssatz "erst von den in der Verfassung selbst nicht oder nur zu einem kleinen Teil formulierten, lediglich in der gesellschaftlichen Wirklichkeit herrschenden Vorstellungen darüber, was als gleich und was als ungleich gelten soll".

(282) Noch skeptischer etwa Martens, aaO, 26, gegenüber Versuchen, "das Gleichheitsprinzip aus seiner Akzessorietät (zu lösen und) ihm die staatliche Verpflichtung zum Ausgleich gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Ungleichheiten" zu entnehmen. (Hervorhebung vom Verfasser). - Das Problem besteht darin, ein ausgewogenes Verhältnis von Freiheit und Sicherheit zu finden; so auch Häberle, Leistungsstaat, 98. - Zur Rechtsgleichheit

Um diese Probleme zu bewältigen, sind die Staatszielbestimmungen heranzuziehen: Die vom Gedanken des sozialen Ausgleichs (283) getragene Interpretation der Rechtsgleichheit vermag sich durch die Staatszielbestimmungen bzw. die "Sozialstaatsklausel" der Bundesverfassung zu legitimieren. Das bedeutet nicht, dass dadurch der Gehalt von Art. 4 BV einseitig im Sinne positiver Leistungspflicht zu verstehen wäre. Vielmehr ist in jedem Einzelfall abzuklären, inwieweit die Staatszielbestimmungen ein Einfließen sozialer Gehalte fordern. Was die Zulassung zur Hochschule betrifft, so ergibt sich aus dem "sozial interpretierten" Gleichheitssatz ein Zulassungsanspruch (der allerdings unter Umständen an mangelnder Kapazität scheitern kann). Ein allgemeines "Recht auf Bildung" ist damit nicht bejaht. Allerdings ist hervorzuheben, dass, sobald Leistungen des Staates auf dem Spiele stehen, aber auch schon bei der Konkretisierung klassischer Grundrechte, das Verfahrensrecht an Bedeutung gewinnt (284). Das sozialgestaltende Wirken des Gesetzgebers schafft erst die Voraussetzungen, um Ansprüche geltend zu machen (285). Die dogmatische Konstruktion, durch welche die Staatszielbestimmungen den Art. 4 BV mit sozialem Gehalt erfüllen, würde hinsichtlich des Zulassungsanspruches dazu führen, dass für dessen Einschränkung die Anforderungen an die

unter dem Blickwinkel der Menschenwürde Mastronardi, Menschenwürde, 250 ff, bes. 252: Materiale Gleichheit in diesem Sinne ist "Gleichheit der Individuen in ihrer Würde als Mensch", aaO, 250 oder weitergehend in der Formulierung "Menschenwürde wird damit zum Teilhaberecht, aaO, 284.

(283) Gygi, Wirtschaftsverfassung, 147.

(284) Häberle, Leistungsstaat, 89, Anm. 197; auch Rupp, Wandel, 161 ff (183 ff). Vgl. dazu 1. Teil/I.C.2.d..

(285) Häberle, Leistungsstaat, 86 ff, 108; zur Funktion der Gesetzgebung im Leistungsstaat auch Martens, Leistungsstaat, 16 ff.

gesetzliche Grundlage geklärt würden. Generell ergäbe sich eine Stärkung der individuellen Rechtsposition, da die Voraussetzungen für die Ausübung von Rechten in den Schutzbereich einbezogen wären.

Dieser Theorie wird entgegengehalten werden, dass die Normen- und die Staatszielbestimmungen ungenügend und dementsprechend die Justiziabilität zweifelhaft seien. Folglich sei die Ableitung der beschriebenen Art von "Teilhaberechten" aus den Grundrechten und/oder in Verbindung mit Art. 4 BV bzw. den Staatszielbestimmungen unzulässig.

Hier dagegen wird die Meinung vertreten, eine derartige Fruk-
tizifizierung stelle keine grösseren Anforderungen an den Richter
als der Aufbau einer kohärenten Praxis zum Willkürverbot.

c. Die verschiedenen Teilgehalte der Rechtsgleichheit

aa. Grundsätzliches

Gemäss dem Vorbild der im Grundlagenteil dargelegten Differenzierung der Grundrechte und Staatszielbestimmungen in verschiedene Teilgehalte (286), ist auch hier zu verfahren (287).

Eine erste Schicht sorgt für formale Gleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte. Einbezogen ist der Bereich der Teilhabe (288) an staatlichen Leistungen.

(286) Dazu vorne 1. Teil/I.C.2.c..

(287) Vgl. hierzu und zum folgenden Müller, Grundrechte, 886 ff.

(288) Müller, aaO, 886; zu den Teilgehalten der Sozialstaatsklausel vgl. 1. Teil/II.C.3.a..

Auf einer zweiten Ebene wird aus BV Art. 4 die Garantie minimaler Gerechtigkeit im Sinne des Willkürverbotes abgeleitet. Es bedarf in jedem einzelnen Fall konkretisierender Erwägungen, um eine einheitliche Praxis sicherzustellen.

Jenseits des justiziabel Gesicherten schliesslich trägt der dritte Teilgehalt programmatischen Charakter im Sinne des Strebens nach C h a n c e n g l e i c h h e i t (289).

bb. Konsequenzen

Mit der obigen Differenzierung zeigt sich am Beispiel der NC-Problematik, wie bereits die formell gleiche Anwendung der Gesetze, in concreto der Zulassungskriterien, zu Schwierigkeiten führt, sobald sich ein Kapazitätsengpass zeigt (290). Durch das Bemühen um materielle Gleichheit (z.B. Angleichung der Startbedingungen durch genügende Stipendienleistungen) wird die Frage nur akzentuiert. Wird der Grundsatz der Rechtsgleichheit konsequent auf die materielle Gleichheit ausgerichtet, bedeutet dies eine Umdeutung von BV 4 in einen tragenden Pfeiler des schweizerischen Sozialstaates.

(289) Explizit Mastronardi, Menschenwürde, 251, 305; Die Frage der Sicherung von Chancengleichheit durch BV Art. 4 wird bei Saladin, Unerfüllte BV?, 321 aufgeworfen (vgl. auch 325 ff). In Fairness, 88, sieht er allerdings die Gefahr der Ueberforderung des Gleichheitsgebotes, "jedenfalls soweit es um Ansprüche geht, die das für eine menschenwürdige Existenz Unerlässliche übersteigen". - Implizit Müller, aaO, 880 ff, 893; Gygi, Wirtschaftsverfassung, 147, 176 f.

(290) Dieser Fall tritt bei der Knappheit verfügbarer Ressourcen notwendig einmal ein. Müller, Grundrechte, 887.

Bejaht man diese Entwicklung, ohne die Akzessorietät der Rechtsgleichheit aus den Augen zu verlieren, werden allein schon aufgrund der Ausschöpfung des Art. 4 BV soziale Grundrechte als leistungsstaatliche Komponente der Verfassung überflüssig (292), ganz besonders, weil sie gegenüber BV Art. 4 nicht ein Mehr, etwa in Form subjektiver Anspruchsberechtigung zu bieten vermögen.

Als Folgerung lässt sich der folgende Zusammenhang offenlegen: Das institutionelle Grundrechtsverständnis zieht die (mittelbare) Horizontalwirkung nach sich. Das bewirkt eine grundsrechtskonforme Strukturierung der gesamten Rechtsordnung, die sich der Staatszielbestimmungen und der aktualisierten Rechtsgleichheit bedient, um ein Programm übergeordneter Leitbilder zu verwirklichen, ohne den Gesetzgeber in eine blosse Vollzugsrolle abzudrängen.

5. (Soziale) Grundrechte oder Staatszielbestimmungen als Grundlage staatlicher Leistungspflichten?

a. Grundlegung

Primär ist auf die Erörterungen im Grundlagenteil zu verweisen. Diesen Abschnitten ist als Grundsatz zu entnehmen, was schon mehrmals hervorgehoben wurde: Grundrechte sind als Leitvorstellungen zu betrachten, die grundlegende rechtliche Institutionen verfassungsmässig garantieren.

(291) Vgl. vorn , Anm. 282.

(292) Müller, Protokoll des Schweiz. Juristentages 1973, ZSR 92 (1973), 1085. Diese These wird von Saladin, Fairness, 88 abgelehnt bzw. bezweifelt.

Ihre Differenzierung in eine individuell-negatorische, subjektive Rechtsansprüche vermittelnde Schicht einerseits, in objektiv-rechtliche und programmatische Gehalte andererseits, lassen für die letzteren eine gewisse Affinität zu sozialen Grundrechten und (Staats-)Zielbestimmungen als naheliegend erscheinen. Das ist im folgenden näher zu betrachten.

b. Charakterisierung

aa. Begriffliche Einordnung

Der Terminus "soziale Grundrechte" bietet begriffliche Schwierigkeiten, da materiell keine genau definierten Kriterien zur Abgrenzung gegenüber den klassischen Grundrechten existieren (293). Das Adjektiv "sozial" stellt einen offenen Begriff dar (294), was aber nicht rechtfertigt, ihn als "indefinibles definiens" (295) zu diskreditieren.

Er ist allerdings nicht auf bestimmte Normkategorien materieller und formeller Art beschränkt: Sämtliche Regelungsbereiche des Verfassungsrechts weisen - verschieden deutlich - eine soziale Komponenten auf, die allenfalls eine Unterscheidung nach strukturellen Kriterien im Sinne von Idealtypen (296) erlaubt.

(293) Martens, Leistungsstaat, 29 f, kritisch: "... es ist deshalb weder zufällig noch bedeutungslos, dass die neuerdings als Inhalte der grundgesetzlichen Freiheits- und Gleichheitsrechte ausgegebenen Ansprüche andernorts wörtlich oder sinngemäss in den Katalogen sozialrechtlicher Verbürgungen erscheinen ...".

(294) Suhr, Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 73; auch Abendroth, Begriff, 140; Bachof, Begriff, 210.

(295) Forsthoff, Verfassungsprobleme, 146.

(296) Müller, Grundrechte, 829 ff.

bb. Zielsetzung

Sozialrechte wollen bestimmte staatliche Leistungen in der Form individualrechtlicher Ansprüche gewährleisten, während die klassischen Grundrechte zunächst einmal Befreiung von staatlichen Eingriffen sichern. Jene sind überwiegend gesellschaftsbezogen und beschlagen vor allem den Bereich sozialer Sicherheit und Wohlfahrt. Sie stehen selbst dort nicht einzig da, was durch das Beispiel des prozessualen Armenrechts zu belegen ist (ganz abgesehen von der Diskussion um Teilhabeansprüche aus anderen Grundrechten).

Besonders fällt auf, wie "die individualrechtliche Form ... in gewissem Gegensatz zu den objektiven oder gruppenspezifischen Ordnungszielen (Vollbeschäftigung, Bildung) (steht), die sie anstreben" (297). Das ist darauf zurückzuführen, dass den sozial- und gesellschaftliche Postulate verkörpernden sozialen Grundrechten die gleiche Wirkung und das selbe Prestige naturrechtlicher Herkunft verliehen werden sollte (298) wie den klassischen Grundrechten.

c. Nivellierung des Rechtsgehaltes von Staatszielbestimmungen beim Ersatz sozialer Grundrechte durch eine Generalklausel (Sozialstaatsklausel)?

Die hier vertretene Ansicht führt zur Ueberlegung, ob der Ersatz sozialer Grundrechte durch Staatszielbestimmungen, verglichen mit der Verbriefung gleichsam punktueller Sozialrechte, zu einer Reduktion des Rechtsgehaltes führen muss. Sie beruht auf

(297) Müller, Grundrechte, 835.

(298) Vgl. dazu Müller, Grundrechte, 833.

der nämlichen Ueberlegung, welche Huber in seiner Kritik an der Praxis des Bundesgerichts zur persönlichen Freiheit (299) angestellt hat: Es fragt sich demnach, ob sich Staatszielbestimmungen, als Sozialstaatsklausel verstanden, in eine Art sozialen Hauptgrundrechts verwandelt sähen. Dieser Hypothese ist nicht beizupflichten, da Staatszielbestimmungen, im Unterschied zu punktuell lokalisierbaren Ansprüchen, wie sie die klassischen Grundrechte begründen, durch ihre Verankerung in einer Generalklausel nicht an Gewicht verlieren. Sie bieten ohnehin keine subjektive Anspruchsgrundlage. Mithin würden sich eher Bedenken entgegengesetzter Art ergeben, wenn etwa BV Art. 4 undifferenziert als umfassende Kodifikation sozialer Grundrechte verstanden werden sollte (300).

d. Ersatz sozialer Grundrechte durch Fruktifizierung von Staatszielbestimmungen

aa. Die Idee der sozialen Grundrechte in ihrem Verhältnis zu den Staatszielbestimmungen

Nach wie vor sind die klassischen Individualrechte in ihrer Grundfunktion unmittelbar anwendbares Recht (301) und als Massstab für die Beurteilung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen geeignet. Das tut der Bedeutung der andern Schichten der Grundrechte keinen Abbruch, ebensowenig wie die Tendenz, die darauf abzielt, in gewissem Ausmass auch Leistungen (Zulassungsansprüche, Zurverfügungstellen von Oertlichkeiten oder

(299) Huber, persönliche Freiheit, 113 ff.

(300) Dazu Benz, Sozialrechte, 10 ff, der die (punktuelle) Bedeutung von Art. 4BV pauschalierend herunterspielt.

(301) Müller, Grundrechte, 839 f; Rupp, Wandel, 177 f.

Räumen, auch etwa die Unterstützung von Presseorganen etc.) aus diesen Grundrechten herzuleiten.

Hingegen sind die sozialen Grundrechte weit stärker auf Vollzug durch Gesetzgeber und Verwaltung angewiesen (302). Sie können letztlich nur Impulse vermitteln und Ziele aufzeigen, der Weg dazu ist offen und Gegenstand demokratischer Auseinandersetzung. Da die Gesetzgebung jedoch nicht Vollzug (303) vorgegebener Inhalte darstellt und der Richter weder befugt, - es würde sonst der Vorwurf der Richterherrschaft entstehen -, noch in der Lage ist, auf dem Wege der Konkretisierung Institutionen (sozial-)staatlicher Leistung zu kreieren, reduziert sich die Normdichte sozialer Grundrechte auf diejenige von Staatszielbestimmungen. Entsprechend stellt sich auch die Rechtsschutzproblematik dar (304).

Die Konfliktsituation, die sich ergeben würde, wenn soziale Grundrechte im Sinne subjektiver Rechtsansprüche erhebliche Eingriffe in Rechtspositionen anderer Grundrechtsberechtigter (Eigentum!) bedingen, drängt ebenfalls dazu, dem Gesetzgeber den Ausgleich der verschiedenen Interessen anzuvertrauen (305).

(302) Richtig und deutlich Schaumann, Aufgabe des Gesetzgebers, 52: "Im Unterschied zu den klassischen Freiheitsrechten können wir ... sagen, dass die Sozialrechte eigentlich erst in der und über die Gesetzgebung zum Leben erwachen". Zustimmung Rupp, Wandel, 177 f; gestützt auf Hesse, Grundzüge, 84; dazu auch Häberle, aaO, 90 ff. Betont auch bei Grisel, Droits sociaux, 139 ff, bes. 142 f

(303) Zur Rolle der Gesetzgebung 1. Teil/II.B.2.c. ee..

(304) Vgl. 2. Teil/II.A.2.-4..

(305) Stern, Staatsrecht, 732; Grisel, Droits sociaux, 139.

Dies bedeutet nun gerade nicht, dass der Funktionswert von Staatszielbestimmungen bezweifelt würde. Im Gegenteil: Sie können diejenigen Aufgaben übernehmen, auf welche sich soziale Grundrechte de facto reduzieren (306). Zwar leuchtet das Bestreben ein, sozialen Grundrechten, welche die gesellschaftliche An- und Ausgleichung im Auge haben, die selbe unmittelbare Durchschlagskraft zuzubilligen, wie sie die Individualrechte naturrechtlicher Provenienz besitzen. Allein, schon diese stoßen mit der dogmatischen Erweiterung um den institutionellen Gehalt zuweilen bis an die Grenze ökonomischer Leistungsfähigkeit (307) vor, ganz abgesehen davon, dass die positive Seite der Grundrechte, ihre Ausdeutung "als staatliche Verpflichtungen zur Entstehungssicherung menschlicher Freiheit" (308), einen Teil der potentiellen Aufgaben sozialer Grundrechte wahrnimmt. Um wieviel ungewisser wären dann die Gewährleistungen der sozialen Grundrechte, die zum vorderen (309) nur als "Massgabegrundrechte" konzipiert sind (310).

(306) In der Tendenz grundsätzlich anders Wildhaber, soziale Grundrechte, 371 ff, bes. 386 ff.

(307) Vgl. NC-Urteil BVerfGE 33, 303 ff.

(308) Rupp, Wandel, 179. Vgl. als hervorragendes Beispiel etwa den als Sozialrecht zu betrachtenden Anspruch einer mittellosen Partei, einen nicht aussichtslosen Zivilprozess unentgeltlich zu führen, der aus Art. 4 BV abgeleitet wird; Müller Grundrechte, 833.

(309) Denn nach wie vor ist der klassische Einwand gegen soziale Grundrechte der, "que l'Etat doit, pour remplir son devoir, pouvoir disposer de l'objet du droit dont il s'agit (logement, travail en particulier)", was nicht der Fall ist; Knapp, Droits sociaux, 350.

(310) Wildhaber, aaO, 381 in Verbindung mit 389, scheint das in Kauf nehmen zu wollen, sieht er doch in den sozialen Grundrechten "Minimalstandards", die dem Individuum "dasjenige Minimum an sozialer Gerechtigkeit und wirtschaftlicher Sicherheit" (...) bieten, "deren er um seiner Menschenwürde willen bedarf".

Deshalb ist nicht einzusehen, warum Sozialrechte am überkommenen subjektiv-rechtlichen Interpretationsmuster der Grundrechte gemessen und in einer Form in der Verfassung verankert werden sollten, der sie materiell nicht zu entsprechen vermögen: "Die Verfassungsredlichkeit verlangt einen Verzicht auf derartige soziale Grundrechte"(311). Dazu ein Beispiel: Wie auch Wildhaber einräumt, wäre ein Recht auf Arbeit grundsätzlich "nicht als gerichtlich erzwingbarer, gegen den Staat gerichteter Individualanspruch auf Zuweisung eines Arbeitsplatzes zu verstehen. Vielmehr wäre darin eine dauernde Verpflichtung der staatlichen Organe zur Führung einer tendenziellen Vollbeschäftigungspolitik zu erblicken (312). Diese Bindung ergibt sich jedoch bereits aufgrund des richtig verstandenen Wohlfahrts- und des Zweckartikels. Die Verwirklichung derartiger Ziele verlagert sich auf die Ebene der Gesetzgebung, wo, - anders als der Wortlaut sozialer Grundrechte ("Recht auf ...") vorgibt - , Mängel wie Wohnungsnot oder Arbeitslosigkeit bekämpft, kaum aber gänzlich eliminiert werden können (313).

bb. Soziale Grundrechte als Integrationsfaktor

Hier wird nicht bestritten, dass soziale Grundrechte einen hervorragenden Integrationsfaktor innerhalb der Verfassung darzustellen vermöchten (314). Diese Eigenschaft teilen sie mit den

(311) VEB, 61; auch etwa Koller, Realisierung, 188; auch Rupp, Wandel, 176, der hervorhebt, dass gerade kommunistische und faschistische Verfassungen eine besondere Vorliebe für soziale Grundrechte beweisen.

(312) Wildhaber, soziale Grundrechte, 389, ähnlich auch 391.

(313) Dazu Noll, Gesetzgebungslehre, 82 ff, bes. 85.

(314) Betont bei Wildhaber, aaO, 384 ff.

klassischen Grundrechten (315), aber auch den Staatszielbestimmungen oder der Präambel, welche letztere eine denkbar geringe Normdichte aufweist. Die integrative Funktion besteht darin, dem Einzelnen eine Basis in der Gesellschaft zu sichern und "funktionelle Voraussetzung einer lebensfähigen Demokratie dar(zu)stellen" (316), die sich namentlich aus Zusammenhalt, Solidarität und sozialer Homogenität ergibt. Die potentielle Zugehörigkeit zum Kreis integrativer Rechte rechtfertigt die Aufnahme sozialer Grundrechte in die Verfassung nicht, weil sie über ihre Integrationsfunktion hinaus nicht mehr zu leisten im Stande sind als die Sozialstaatsklausel oder Staatszielbestimmungen ganz allgemein.

(315) Vgl. vorn, 1. Teil/I.C.2.c.aa..

(316) Wildhaber, aaO, 385.

Unanfechtbare Wahrheiten gibt es
überhaupt nicht, und wenn es welche
gibt, so sind sie langweilig.

Theodor Fontane, "Der Stechlin"

3. TEIL: Z U R D I S K U S S I O N U M D E N
 V E R F A S S U N G S E N T W U R F

- Stellung und Funktion der Staatszielbestimmungen -

I. EINLEITUNG

Der dritte Teil der vorliegenden Arbeit setzt sich zum Ziel, die Staatszielbestimmungen des Verfassungsentwurfs der Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesverfassung kritisch zu analysieren.

Die Staatszielbestimmungen sind im Kontext des gesamten ersten Teils des Verfassungsentwurfes (Grundrechte und staatsleitende Grundsätze) zu betrachten. Insbesondere ist den Beziehungen zu den Grundrechten einerseits, den Grundsätzen der Sozialordnung, Eigentumspolitik und Wirtschaftspolitik andererseits Rechnung zu tragen. Es wird angestrebt, einen Diskussionsbeitrag über die im ersten Teil den Entwurfs niedergelegte Verfassungskonzeption zu erarbeiten, da sich dieser durch ein ganzes Netz von - im weitesten Sinn - zielorientierten Bestimmungen auszeichnet. Erst in zweiter Linie und vorwiegend zur Erläuterung grundsätzlicher Folgerungen sind materielle Erwägungen anzustellen. Ausserhalb der behandelten Thematik steht die Präambel, welche als Verfassungsbestimmung *sui generis* charakterisiert wurde (1). Ausserdem soll das politische Element, ohne dass es verleugnet werden wollte oder könnte, nicht mehr als nötig auf die Erörterungen durchschlagen.

(1) 1. Teil/II.B.3.b.cc..

II. DIE OFFENE VERFASSUNG

A. OFFENE VERFASSUNG UND STAATSZWECK

Im Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung (VEB) kommt deutlich, wenn auch nicht explizit, ein Modell zum Ausdruck, das mit dem Schlagwort "offene" oder "dynamische" Verfassung (2) bedacht wurde. Diese Tendenz ist unterschiedlich ausgeprägt (3); namentlich im Bereich der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (4) sowie der Wirtschafts- und Sozialverfassung (5) ist die Normierung gegenüber der geltenden Bundesverfassung wesentlich offener. Andererseits wurde die Rechtsstellung des Individuums bedeutend engmaschiger ausgestaltet.

Dem Verfassungsentwurf sind eine Wesensbestimmung (VE Art. 1) und, zusammengefasst in VE Art. 2, eine Staatszielbestimmung vorangestellt, deren Sinn überwiegend in der "Festsetzung der vom Verfassungsgeber getroffenen Zielauswahl und Lösung von Zielkonflikten" liegt (6), während sie mit den Theorien vom Staatszweck kaum in Verbindung zu bringen sind. Ob dem Bedürfnis nach ethisch-sittlicher Fundierung des Staates und dem Hinweis auf dessen

- (2) So VEB, 14 ff; Marti, Experten-Verfassungsentwurf, 401; Meier-Hayoz, Eigentumsordnung, 314 ff; Binswanger, Eigentum und Eigentumspolitik, 165 f. Vgl. dazu den Aufsatz von Häberle, Verfassungsinterpretation und Verfassunggebung, 1ff.
- (3) Richtig Rhinow, Zwischenbilanz, 80 ff, der die teilweise undifferenzierte Argumentation rügt, mit welcher der VE zerzaust wurde.
- (4) Schmid, Staats- und Verfassungsverständnis, 44.
- (5) Schluep, Wirtschafts- und Sozialverfassung, 369, 371.
- (6) V. Wedel, Staatszielbestimmungen, 81.

Bedingtheiten und Grenzen durch die Präambel bereits Genüge getan, und die Ergänzung durch funktional orientierte Zwecke notwendig ist, lässt sich kaum schlüssig beantworten. Jedenfalls sucht der Entwurf die Bedeutung der Staatsziele hervorzuheben; weit mehr, als wenn einzig gewisse Kompetenzbestimmungen mit einer Zielformel eingeleitet würden. Letztlich geht es darum, das Bestreben nach "äusserer Freiheit und Sicherheit" im Sinne der Ermöglichung von Wohlfahrt und individueller Entfaltung darzutun (7). In den institutionellen Vorkehren des Rechts- und Sozialstaats liegen auch die Konstitutivbedingungen der "geistig und ethisch-sittlichen Freiheit" (8).

Die skizzierte Zielorientiertheit staatlichen Tuns sieht sich mit der Frage konfrontiert, ob dahinter nicht bloss ein Machbarkeitswahn stehe, dessen alleinige Kriterien Effektivität und Effizienz sind (9). Dies allerdings wäre untragbar, muss doch gerade der soziale Staat, dem gegenüber dem liberalen Staat weit mehr Aufgaben übertragen sind, "an grundlegende Zwecke (seines) Handelns gebunden, geregelten Verfahren sowie einer Verantwortlichkeit und Kontrolle unterworfen" sein (10). Die Offenheit der Verfassung darf sich also nicht in einem unlimitierten Staatszweck ausdrücken. Freilich kann sich der Staatszweck aus dem "Geist der Verfassung" (11) ergeben. Es dürfte allerdings schwierig sein, diesen Geist quasi ex cathedra zu lokalisieren. Dies bedarf in jedem Fall der Würdigung des

(7) Böckenförde, Der Staat als sittlicher Staat, NZZ Nr. 93, 22./23. April 1978, 37.

(8) Böckenförde, aaO.

(9) Eine derartige Tendenz wird von Lendi, Staatszweck, 32 ff, beklagt.

(10) Böckenförde, aaO; auch betont bei Lendi, passim, bes. 37.

(11) Lendi, Staatszweck, 31.

gesamten im ersten Teil der Verfassung niedergelegten Beziehungsgefüges, da ja der Entwurf einer "Erprobung" in der politischen und judiziellen Praxis nicht zugänglich ist.

B. WESENSZUEGE DES VERFASSUNGSENTWURFS

1. Das Problem

Im Sinne einer Bestandesaufnahme sind die grundlegenden Wesenszüge zu resümieren, die eine "offene Verfassung" ausmachen. Dabei gilt es, grundsätzlich zwei Problemkreise zu unterscheiden: Einerseits die Frage, ob Regelungsbereiche in der Verfassung nur als Zielansprache formuliert werden sollen; andererseits ergeben sich Probleme durch die auf der Ebene der Verfassung wenig fixierte Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen.

Die Abgrenzung dessen, was auf Verfassungsstufe gehört und was dem Regelungsbereich des Gesetzgebers zuzuordnen ist, bildet eine der politischen wie juristischen Kernfragen des Revisionsprojekts (12). Eine Bereinigung und Neukonzeption der Verfassungsgrundlagen im vorgeschlagenen Sinn dürfte namentlich dann zu befürworten sein, wenn der Offenheit der Struktur im Bereich der Zielbestimmungen und staatsleitenden Grundsätze genügende Sicherungen durch Grundrechte und institutionelle Vorkehrungen (Verfassungsgerichtsbarkeit, Gestaltung des Verhältnisses Bund - Kantone etc.) gegenüberstehen. Die Beurteilung des Verfassungsentwurfs wird ausserdem davon abhängen, ob zwischen den Normen verschiedener Dichte und Struktur ein Verhältnis besteht, das den unterschiedlichen Bedürfnissen, denen eine Verfassung gerecht werden muss, entspricht (13). Ob der strukturellen Antinomie zwischen Offenheit

(12) Kaufmann, Sozialordnung, Eigentumsordnung und Wirtschaftsordnung, 290 f.

(13) Auf die unterschiedliche Funktion der Verfassungsnormen macht neuestens vor allem Müller G., Inhalt und Formen, 134 f, 138, aufmerksam. Bezüglich des Verfassungsentwurfs insbesondere Rhinow, Zwischenbilanz, 83.

und optimaler Bestimmtheit oder zwischen Dauerhaftigkeit und Wandlungsfähigkeit ist jedenfalls der Versuch einer Synthese nicht zum vornherein als unmöglich aufzugeben.

2. Die herausragende Bedeutung der Gesetzgebung

Innerhalb beider Problemkreise bleibt die materielle Ausgestaltung im wesentlichen der Gesetzgebung überlassen (14). Die Vorteile liegen in der grösseren Handlungsfähigkeit des Gesetzgebers, der die Mittel und Wege frei wählt, um die in der Verfassung vorgegebenen Ziele zu verwirklichen. Gleichzeitig erübrigt sich eine ständige Anpassung der Verfassung an den sozialen Wandel, da die offenen Formulierungen verschiedenen Bedürfnissen gerecht zu werden vermögen.

Der Anpassungsfähigkeit des Rechts an sozialen und wirtschaftlichen Wandel steht eine verminderte *k o n k r e t e O r d n u n g s f u n k t i o n* der Verfassung gegenüber (15). Diese Konsequenz ist nicht nur zulässig, sondern so lange sinnvoll, als die Verfassung die grundsätzlichen Fixpunkte und Schranken für den Gesetzgeber materiell festlegt, also ihre *L e i t - u n d R a h m e n f u n k t i o n* (16) wahrnimmt. Eine Verzerrung des Verhältnisses zwischen Verfassung und Gesetzgebung entsteht dann, wenn die Verfassung nur Formelkompromisse enthält oder das Feld mit Vorbedacht dem Gesetzgeber überlässt.

(14) Vgl. dazu 2. Teil/II.B.5.d.aa..

(15) Meier-Hayoz, Eigentumsordnung, 315 f. - Die konkrete Ordnungsfunktion vor allem von Häfelin, Verfassungsgebung, 105 ff., in den Vordergrund gerückt.

(16) Dazu und zum folgenden 1. Teil/I.D.3. sowie 1. Teil/II.B.2.c.ee..

3. Die Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Bund und Kantonen

a. Die überwiegende Offenheit der Beziehung zwischen Bund und Kantonen

Die offene Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Bund und Kantonen leistet ebenfalls einen Beitrag an die Dauerhaftigkeit der Verfassung, während so die Beteiligung des Volkes insofern beschränkt wird, als das obligatorische Referendum an Bedeutung verliert (17). Noch gewichtiger ist das reduzierte Mitwirkungsrecht der Kantone (Ständemehr), was einer Verminderung des foederalistischen Einflusses auf wichtige Fragen der staatlichen Gestaltung gleichkommt (18). Die politische Auseinandersetzung wird sich vermehrt auf der Ebene der Gesetzgebung abspielen, während die Verfassung nur das "Spiel feld der Politik" (19) bestimmt. Das fakultative Referendum gegen Bundesgesetze gewinnt an Bedeutung, allerdings bloss so lange und soweit es nicht durch die Delegation von Gesetzgebungsbefugnissen an das Parlament (20) aufgeweicht (21) wird.

(17) Friedrich Rudolf, Einwände aus liberaler Sicht, in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, NZZ-Schriften zur Zeit, 42, Zürich 1979, 63 ff, 66.

(18) So auch Sieber, Wirtschaftspolitische Betrachtungen, 7; Lüchinger Hans Georg, Auf dem Weg zum zentralen Leistungsstaat, in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, NZZ-Schriften zur Zeit, 42, Zürich 1979, 100 ff, 101; Friedrich, aaO.

(19) Kaufmann, Sozialordnung, Eigentumsordnung und Wirtschaftsordnung, 286.

(20) VE Art. 80; Bundesdekret.

(21) Warnend Sieber, Wirtschaftspolitische Betrachtungen, 8. Hier dürfte allerdings der Schutz durch die Verfassungsgerichtsbarkeit eingreifen. Vgl. hinten, 3. Teil/II.B.3.b. und 3. Teil/III.C.2.a..

Dem steht eine Anzahl institutioneller Vorkehren gegenüber, welche die substantielle Eigenständigkeit der Kantone sichern sollen. Zwar ist es richtig, dass das bisher zwei- oder gar dreistufige Verfahren (Verfassung-Gesetz-Verordnung) einen Schutz kantonaler Staatlichkeit nicht in jedem Fall zu erzielen vermocht hat: Verschiedene neue Vorlagen haben die grundsätzliche Aufgabenzuweisung an den Bund anstandslos passiert, während die Konkretisierung der Verfassungsaufträge im nachhinein auf Schwierigkeiten gestossen ist (22). Ausserdem ist in Erinnerung zu rufen, dass die Ausführlichkeit mancher Kompetenzbestimmungen eine scharfe Kompetenzabgrenzung nur vortäuscht, und der traditionelle Begriff der Kompetenz sich zum Zwecke verfassungsrechtlicher Zuordnung ohnehin als unzulänglich erweist, "weil er übersehen lässt, dass jede Ermächtigung ... stets auch Auftrag ist: nämlich der Auftrag, in bestimmten Sozialbereichen verfassungsrechtlich fixierte Ziele in grösserer oder geringerer 'Ermessensfreiheit' zu verfolgen" (23). Der Verzicht auf die kantonale Residualkompetenz (BV Art. 3) und das neue System der Zuweisung von Verantwortungsbereichen (24) sowohl an den Bund als auch an die Kantone (VE Art. 48 ff) ist deshalb im Lichte einer kurzen Gesamtschau des neuen Foederalismuskonzepts zu würdigen (25), welches der Verfassungsentwurf skizziert.

(22) Beispiel: Raumplanung, Umweltschutz. Hervorgehoben bei Saladin, Föderalismus, 420 f.

(23) So schon vorne, 1. Teil/II, B.4.; Saladin, Föderalismus, 418 f; derselbe, Unerfüllte BV?, 328 ff.

(24) Zum Begriff der Verantwortung vgl. Saladin, Zum Begriff der Verantwortung, in: Totalrevision der Bundesverfassung - Notwendigkeit oder Wunschtraum?, Schriften des SAD 15, 191 ff.

(25) Wobei hier nur einige Anhaltspunkte vermittelt werden können.

Die Aufteilung der Staatsaufgaben nach Verantwortungsbereichen scheint auf den ersten Blick der Klarheit förderlich. Bei näherem Zusehen vermag man aber Zweifel ob der möglichen U e b e r s c h n e i d u n g e n zwischen den stichwortartig skizzierten Hauptverantwortungen nicht zu verhehlen, zumal wenn der Bund in den "übrigen Verantwortungsbereichen (VE Art. 52) legifertiert" (26). Diesem Vorbehalt zu Gunsten des Bundes vermag man bei gleichzeitiger Verankerung des Subsidiaritätsprinzips (VE Art. 53) an sich noch zustimmen, vorausgesetzt, dass den Kantonen ihre angestammten Wirkungsbereiche voll erhalten bleiben (27). Gerade das ist nun durch die umfassende Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes (VE Art. 51 Abs. 2 lit. a.) neben der Kompetenz, in "Einzelfällen selbst Einrichtungen (zu) schaffen" (VE Art. 51 Abs. 2 lit. b.) n i c h t gewährleistet (28). Die Begriffe "Mindestanforderungen" und "Koordination" sind als Abgrenzungskriterien untauglich und demzufolge (im Hinblick auf VE Art. 109 Abs. 1 lit. b.) auch nicht justiziabel. Eine enge L i m i t i e r u n g der Bereiche, in denen der Bund Rahmengesetze erlassen kann, erweist sich als unabdingbar.

- (26) Huber, Feilen und Rütteln am Bundesstaat, 125 f; Hangartner, Bundesstaat, 399 ff, bes. 401. Beispiele: Zwischen "Schutz der Gesundheit" (VE Art. 52 Abs. 2 lit. a.) und "öffentlicher Fürsorge" (VE Art. 51 Abs. 1 lit. b.) oder "Schutz der Umwelt ..." (VE Art. 52 Abs. 2 lit. b.) und "regionaler und örtlicher Raumordnung" (VE Art. 51 Abs. 1 lit. f.) bzw. "Nutzung der öffentlichen Gewässer ..." (VE Art. 51 Abs. 1 lit. h.) sowie zwischen "Energiepolitik" (VE Art. 50 Abs. 1 lit. h.) und "Nutzung der öffentlichen Gewässer ..." (VE Art. 51 Abs. 1 lit. h.).
- (27) Sonst ist es vernebelnd und unangebracht, von einer "Substanzgarantie" der Kantone zu sprechen (VEB, 95); das Gegenteil wäre der Fall.
- (28) Schindler, Die offenen Teile des Verfassungsentwurfs, 48; Renner, Die Entlastung des Bundesstaates durch die Pforten einer offenen Verfassung, in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, NZZ-Schriften zur Zeit, 42, Zürich 1979, 97. Im Grundsatz auch Hangartner, Bundesstaat, 401 f. Vgl. ausserdem die Beispiele bei Anm.(26).

b. Einzelne sichernde Elemente

VE Art. 80 Abs. 3 ordnet an, dass wichtige Bestimmungen der Form des Bundesgesetzes bedürfen und somit dem fakultativen Referendum unterliegen. So soll zum vornherein jeglicher Versuch verunmöglicht werden, das Volk vom Entscheidungsprozess fernzuhalten: Auf Stimmrechtsbeschwerde hin hat das Bundesgericht zu prüfen, ob sich ein Erlass auf grundlegende Materien erstreckt (VE Art. 109 Abs. 2 lit.a., e contrario) (29), eine Aufgabe, welcher die Justiziabilität kaum abgesprochen werden kann.

Ausserdem strebt der Entwurf den Ausbau des Initiativ- und Referendumsrechts der Kantone an: Neben das Recht jeden Standes, zuhanden der Bundesversammlung Vorschläge einzubringen (BV Art. 93 Abs. 2 /VE Art. 92 Abs. 2) tritt die Möglichkeit, des fakultativen Referendums durch drei Kantone (VE Art. 62). Zusätzlich erhalten drei kantonale Parlamente das Initiativrecht (VE Art. 65). Ob in praxi die angestrebten Auswirkungen eintreten werden, ist deshalb fraglich, weil im Bund wie in den Kantonen grundsätzlich die gleichen politischen Kärkte am Werk sind (30), divergierende politische Bestrebungen also eher selten sein dürften. Sollten sich jedoch die Kantone in der vorgesehenen Weise im Gesetzgebungsverfahren profilieren können, bleibt zu bedenken, ob der damit verbundene Zentralisierungseffekt zugunsten der Bundespolitik innerhalb der Kantone überhaupt wünschbar sei (31). Andererseits ist die Förderung politischer Partizipation, - neben hinreichender Handlungsautonomie,

(29) VEB, 156 ff.

(30) Zutreffend Hangartner, Bundesstaat, 391.

(31) Skeptisch Schindler, Die offenen Teile des Verfassungs-entwurfs, 49.

gliedstaatlicher Organisations- und Verfahrenshoheit und hinreichender Ausstattung mit frei verfügbaren Finanzmitteln wichtigstes Merkmal gliedstaatlicher Eigenständigkeit (32) – grundsätzlich zu begrüssen. Das gleiche gilt für die Anhörungspflicht der Kantone im Vernehmlassungsverfahren (VE Art. 69). Hingegen verträgt sich die Variante zu VE Art. 77, wonach die Kantone mit der grössten Bevölkerungszahl Anspruch auf einen dritten Sitz im Ständerat erheben könnten, nicht mit dem Ziel, die Stellung der Gliedstaaten hervorzuheben (33). Jede Annäherung an den Nationalrat wird dem Zweikammersystem nicht gerecht und führt auf längere Sicht zu dessen Unterminierung.

Zur Absicherung der foederalistischen Staatsstruktur gehört auch eine genügende Alimentierung der Kantone mit frei verfügbaren Mitteln (34). Dem wurde im Rahmen der Finanzverfassung durch die Neuordnung des Finanzausgleichs (VE Art. 56 Abs. 2) im Grundsatz nachgelebt: Der Gesamtheit der Kantone kommt ein Sechstel der Steuereingänge zu freier Verfügbarkeit zu. Eine Einschränkung enthält die Möglichkeit des Bundes, zweckgerichtete Subventionen auszurichten (VE Art. 56 Abs. 4). Exzessive Ausnutzung und also Missbrauch dieser Befugnis sind deshalb nicht zu erwarten, weil der Bund Subventionen nur im Rahmen seiner Verantwortung (abschliessend geregelt in VE Art. 48 ff) ausrichten und somit die Zuweisung der Verantwortungsbereiche materiell kaum unterlaufen kann (35). Eine e i n-

- (32) Saladin, *Föderalismus*, 423 ff, bes. 425 f, 432 f. Zu diesen *Essentialia* gliedstaatlicher Eigenständigkeit vgl. auch etwa Aubert, *Institutions politiques de la Suisse*, 212 ff (No. 357 ff).
- (33) Gl. M. Hangartner, *Bundesstaat*, 390.
- (34) Etwa Aubert, *Institutions politiques de la Suisse*, 213 f (No 360).
- (35) So Saladin, *Föderalismus*, 421. A.M. Ebner, *Die Finanzordnung im Verfassungsentwurf*, in: *Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung*, NZZ-Schriften zur Zeit, 42, Zürich 1979, 219 ff, 223. Ähnlich Hangartner, *Bundesstaat*, 405 f, der die Meinung vertritt, der Bund könne dann, wenn es ihm nicht gelinge, Rahmengesetze im Sinne von VE Art. 51 Abs. 2 durchzusetzen, immer noch auf das "süsse Gift" der Subventionen zurückgreifen.

schränkende Formulierung von VE Art. 51 Abs. 2 erweist sich jedoch als notwendig, damit ein eventuelles Junktim mit VE Art. 56 Abs. 4 zum vornherein ausser Betracht fällt. Ausserdem sind die Kantone durch das Subsidiaritätsprinzip (VE Art. 53) zusätzlich abgesichert, zu dessen Garantie sich der Verfassungsgerichtsbarkeit eine weitere Aufgabe eröffnet.

c. Folgerungen

Der Versuch einer Bilanz über die offene Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Bund und Kantonen hinterlässt einen zwiespältigen Eindruck. Auch wenn man eine Kompetenzvermutung zu Gunsten der Kantone (BV Art. 3) n i c h t als Voraussetzung für die gedeihliche Entwicklung des föderalistisch strukturierten Staatswesens betrachtet, stellt sich doch die Frage, ob das Verfassungsmodell des Entwurfs genügend differenziert sei. Unabdingbar ist in jedem Fall ein genügend grosser Bereich demokratisch legitimer Entscheidung (36), der den Kantonen Raum zu materieller Selbstverwaltung lässt. Es ist zwar richtig, dass der Entwurf in verschiedener Richtung die Rolle der Kantone stärkt, nicht ohne sie sogleich wieder drastisch einzuschränken (etwa VE Art. 51 Abs. 2, 56 Abs. 4). Deshalb kommt auch der Aspekt v e r t i k a l e r Gewaltenteilung zwischen Bund und Kantonen zu kurz. Zugleich wird ein grosser Teil der Verantwortung für deren Eigenständigkeit auf die Sicherung durch die ausgebaute Verfassungsgerichtsbarkeit abgeschoben. Was aber, wenn die Variante zu VE Art. 109 verwirklicht wer-

(36) Renner, Die Entlassung des Bundesstaates durch die Pforten einer "offenen" Verfassung, in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, NZZ-Schriften zur Zeit, Zürich 1979, 93.

den sollte, welche die Ueberprüfung von Bundesgesetzen und -dekreten nicht vorsieht? Endlich ist die vorgesehene Regelung zu den Staatszielbestimmungen und den übrigen zielgerichteten Grundsätzen des ersten Teils des Verfassungsentwurfes in Beziehung zu setzen(37), wofür im folgenden die Voraussetzungen geschaffen werden sollen.

(37) Vgl. hinten III.

C. VERFASSUNGSENTWURF UND VERFASSUNGSWIRKLICHKEIT

Der Verfassungsentwurf sucht der Verfassungswirklichkeit gerecht zu werden, die in der geltenden Bundesverfassung über weite Strecken nur ungenügend oder entstellt wiedergegeben ist (38). Die Wirtschaftsverfassung zum Beispiel leidet, wie die Diskussion um den Verfassungsentwurf deutlich zeigt, nach wie vor unter den Unzulänglichkeiten einer HGF-zentrierten Konzeption (39).

Bei der Bewertung des Verfassungsentwurfes ist denn auch auf die reale (Wirtschafts-)Verfassung abzustellen, die sich neben einer Vielzahl von Kompetenzbestimmungen im Bereich der Wirtschafts- und Sozialpolitik durch verschiedene staatliche Monopole und Interventionen im Rahmen des extrakonstitutionellen Dringlichkeitsrechts auszeichnet (40). Eine ähnliche Entwicklung ist bei den Grundrechten zu erkennen, deren Katalog in der geltenden Bundesverfassung nicht genügt (41) und durch die Praxis des Bundesgerichtes ergänzt wurde. Verfassungswahrheit und Verfassungsklarheit (42) verlangen eine Anpassung an

(38) Etwa Huber, Sandkastenübung oder Notwendigkeit?, 57 f; Müller, Spannungsfeld, 280 f mit Bsp.; Chenaux-Repond, Leitbilder und Wirklichkeit, 26 ff; Muschg, Geschichten um den Verfassungsentwurf, Tagesanzeiger-Magazin Nr. 44 vom 3. November 1979, 16.

(39) VEB, 73 ff; Schluep, Wirtschafts- und Sozialverfassung, 360; Gygi, Wirtschaftsverfassung, 61 ff, 149 ff; Schmid, Staats- und Verfassungsverständnis, 41; sowie 2. Teil/I.B.1. und 2.. Bestritten etwa von Sieber, Wirtschaftspolitische Betrachtungen, 24 ff, 26 ff.

(40) Rhinow, Zwischenbilanz, 81 f. Vgl. die bezüglichlichen Aufstellungen im VEB, 72, sowie Pestalozzi und Gmuer, Die Texte der Konjunkturmassnahmen, 3.a., Zürich 1977.

(41) Ueber die Ablehnung der Thesen Giacomettis vgl. vorne 1. Teil/I.C.2.f.bb..

(42) Vgl. SchlB, 37.

die Realien, andernfalls vermag die Verfassung ihre Legitimationsfunktion nicht wahrzunehmen (43).

Neben der bloss formalen Bereinigung der Verfassung bringt der Entwurf insgesamt pointiert den Willen zum Ausdruck, erstarrte Strukturen aufzubrechen und neue Lösungen anzubieten: So trägt er beispielsweise der Weiterentwicklung der Grundrechtsdogmatik im Sinn des konstitutiv-institutionellen Grundrechtsverständnisses durch die Art. 24 und 25 VE Rechnung (44). Die Grundrechte erhalten zentrale Bedeutung als umfassende Gestaltungsprinzipien von Staat und Gesellschaft.

(43) Hervorgehoben bei Müller, Spannungsfeld, 280 ff. Das bedeutet aber andererseits nicht, dass die Verfassung die politische und soziale Wirklichkeit deckungsgleich und lückenlos wiedergeben müsse. Spannungen werden sich nicht vermeiden lassen. Insoweit ist Huber, Wirtschaftspolitische Ziele, 27 ff beizupflichten, nicht aber in der grundsätzlichen Ablehnung politischer oder wirtschaftspolitischer Ziele in der Verfassung, die in seinem Ansatz zum Ausdruck kommt.

(44) Vgl. dazu vorne, bes. 1. Teil/I.C.2.c.; ausserdem Müller, Spannungsfeld, 268 ff.

III. DIE STAATSZIELBESTIMMUNGEN DES VERFASSUNGS- ENTWURFS

A. GRUNDLAGEN

1. Identifikation der Staatszielbestimmungen anhand der erarbeiteten Kriterien

Aufgrund der im ersten Teil (45) erarbeiteten Kriterien sind die Staatszielbestimmungen des Verfassungsentwurfs zu lokalisieren und gegenüber Bestimmungen anderer Art abzugrenzen. Zusammenfassend seien hier die wichtigsten Elemente nochmals hervorgehoben:

1. Essentiell ist der Bezug der Staatszielbestimmungen auf das staatliche Tun in einem umfassenden Sinn, während andere Zielnormen sich nur auf ein bestimmtes Sachgebiet beziehen.

2. Die vom Verfassungsgeber getroffene Zielauswahl ist stets in irgend einer Form mit der Bewältigung eines Zielkonfliktes verknüpft. Ihr dynamischer Zug prädestiniert die Staatszielbestimmungen dazu, auf staatliche Aktivität lenkend einzuwirken. Ob die Formulierung in indikativischer oder imperativer Form gehalten ist, bleibt unerheblich (46).

3. Staatszielbestimmungen sind Verfassungsgrundsätze: Obwohl weder Struktur noch Inhalt eine eindeutige Abgrenzung zum Verfassungssatz zulassen, verlangt doch grundsätzlich das Prinzip nach legislativer oder judizieller Ausdeutung seines Inhaltes,

(45) 1. Teil/II.B.2./5..

(46) 1. Teil/II.B.4.c..

während die Norm dem richterlichen Syllogismus unmittelbar zugänglich ist. Dennoch können sich Verfassungsgrundsätze zu unmittelbar anwendbaren Mustern verdichten.

2. Die Staatszielbestimmungen im einzelnen

Basierend auf den erwähnten Kriterien fallen VE Art. 1 und 2 als Staatszielbestimmungen in Betracht.

Wenn auch die programmatischen Bestimmungen der Art. 30, 31 und 36 bei der Beurteilung des Verfassungsentwurfes kaum überschätzt und nur in dessen Gesamtrahmen gewürdigt werden können, so bleiben sie doch materiell auf einzelne - wenn auch weit gefasste - Sachgebiete beschränkt.

a. VE Art. 1 Abs. 1 insbesondere

VE Art. 1 Abs. 1 will grundsätzlich das schweizerische Staatsverständnis (47) zum Ausdruck bringen, indem die *S t r u k t u r - p r i n z i p i e n* (48) des Staates aufgezählt werden. Dahinter tritt - zumal im Verhältnis zu VE Art. 2 - der Auftrag zurück, die hervorgehobenen Wesensmerkmale (49) optimal zu verwirklichen, welche die Eidgenossenschaft kennzeichnen sollen.

(47) So sinngemäss auch Müller, Spannungsfeld, 273 f.

(48) VEB, 21. - Dies geht auch aus den "Darstellungen der Verhandlungen der Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesverfassung" hervor. Es wurde der Vorschlag diskutiert, VE Art. 1 Abs. 1 wie folgt zu fassen: "Die schweizerische Eidgenossenschaft ist eine foederalistische Demokratie". Dadurch hätte die Trennung zwischen Wesen und Zielen des Staates deutlicher gemacht werden sollen.

(49) Schmid, Demokratie, 461.

Gegenüber der Sozialstaatsklausel des Deutschen Grundgesetzes (GG) (50) springt die Ähnlichkeit der Formulierung ins Auge, was aber nicht zu Analogieschlüssen bezüglich des rechtlichen Gehaltes verleiten darf, weil das GG, im Gegensatz zum Verfassungsentwurf, nur wenige weitere Zielbestimmungen (GG Art. 26 Abs. 1 und 109 Abs. 4) und kaum Sozialrechte enthält. Wie bereits bei der Gegenüberstellung von Sozialstaatsklausel des GG mit Wohlfahrts- und Zweckartikel der BV festgestellt, bezieht das Grundgesetz seine "soziale Färbung" weitgehend aus der Sozialstaatsklausel (51).

Die übrigen Wesensmerkmale sind im vorliegenden Zusammenhang weniger problematisch: Demokratie wird durch die in beträchtlicher Masse direkt-demokratischen Institutionen (52) auf der Ebene staatlicher Organisation geradezu verkörpert, während die Sicherung individueller Freiheit durch den im Verfassungsentwurf verankerten Grundrechtskatalog (VE Art. 8 ff), ergänzt durch die Grundsätze staatlichen Handelns (VE Art. 5 ff), einen hervorragenden Platz einnimmt. Was das Foederalismuskonzept des Entwurfes angeht, wurde das im vorliegenden Zusammenhang Wesentliche bereits unter 3. Teil/II.B.3. erläutert.

b. VE Art. 2 insbesondere

VE Art. 2 breitet nach dem Vorbild des Arbeitspapiers von

(50) GG Art. 20 Abs. 1: "Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat". Ausserdem GG Art. 28 Abs. 1: "Die verfassungsmässige Ordnung in den Ländern muss den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne des Grundgesetzes entsprechen".

(51) Vgl. 2. Teil/I.C.4.c..

(52) Dazu etwa Schmid, Demokratie, 460.

Professor Aubert (53) einen ganzen Strauss weitgefasster Zielbestimmungen aus, der den gesamten Bereich potentieller staatlicher Tätigkeit abdeckt. Es kommt deutlich zum Ausdruck, dass Freiheit und staatliche Aktivität nicht notwendig in einem Gegensatz stehen. Wie Art. 2 BV zeigt, wurde Freiheit schon seit je nicht nur als Gut verstanden, "das es g e g e n den Staat zu verteidigen galt, sondern eben auch als eines der primären Ziele, auf die es im politischen Gemeinwesen h i n z u a r b e i - t e n gilt"(54).

Namentlich wird die soziale Verpflichtung durch VE Art. 2, Abs. 1, 4, 6 und 7 hervorgehoben, deren Bedeutung sich erst im Zusammenwirken mit den Grundsätzen der Sozialordnung, Eigentumspolitik, Wirtschaftspolitik sowie der Kulturpolitik voll erschliesst. Bei den S t a a t s z i e l e n des Art. 2 VE, deren Aufzählung n i c h t abschliessend, sondern bloss exemplifikativ sein will, handelt es sich um D a u e r a u f t r ä g e (55) an den Gesetzgeber. Dies entspricht ihrer Rechtsnatur als Verfassungsgrundsätze (56), welche, von Ausnahmen abgesehen, die legislatorische Auflösung bestehender Interessenkonflikte verlangt. Daueraufträge sind insofern positiv zu werten, als sie eine fortgesetzte staatliche Aktivität im Sinne der Anpassung der Gesetzgebung an gewandelte Bedürfnisse stipulieren, während Gesetzgebungsaufträge, die sich in detaillierten Konkretisierungen ergeben, nach ihrer Erfüllung als blosses Skelett in der

(53) AP I, Arbeitspapier 3 (Aubert), 140, Art. 1; explizit auch in VEB, 22.

(54) Müller, Spannungsfeld, 274.

(55) Ein Stichwort, das in der "Darstellung der Verhandlungen der Expertenkommission für eine Totalrevision der BV" wiederholt fällt. Diese Kennzeichnung für Ziele des Staates verwendet auch der Bericht zur Vorlage für die 2. Beratung des Entwurfs KV/AG, 105 f.

(56) Dazu 1. Teil/II.B.2.c..

Verfassung verbleiben. Von jenem Moment an unterscheiden sich klassische Kompetenznormen bzw. Gesetzgebungsaufträge nicht mehr von Daueraufträgen (57). Dem steht andererseits der gewichtige Nachteil gegenüber, dass ungehemmter staatlicher Innovationslust Vorschub geleistet wird.

Es ist jedoch unmissverständlich festzuhalten, dass die Staatszielbestimmungen des Art. 2 VE in rechtstechnisch neuer Form und materiell etwas erweitert nichts wesentlich anderes zum Ausdruck bringen als Zweck- und Wohlfahrtsartikel (58) der geltenden BV, vorausgesetzt, diese werden nicht als verfassungstheoretische Nonvaleurs ignoriert.

Als I m p u l s n o r m e n sind die Staatszielbestimmungen des Entwurfs grundsätzlich nicht als unmittelbar kompetenzbegründend zu betrachten (59). Allerdings ist die Frage im Entwurf ohnehin n i c h t von ausschlaggebender Bedeutung, da Mittel und Wege, um die aufgezeigten Ziele zu verwirklichen, dem Bundesgesetzgeber zufallen, soweit nicht andere Bestimmungen der Verfassung entgegenstehen, oder gemäss Art. 48 ff VE gewisse Aufgaben den Kantonen verbleiben (60). Daraus ist beispielhaft zu erkennen, wie einerseits durch den Entwurf eine Kompetenzumkehr zu Lasten der Kantone (61) vorgenommen wurde und - abgesehen von einem im Volk verankerten (zu verankernden?) G r u n d -

(57) Kaufmann, Sozialordnung, Eigentumsordnung und Wirtschaftsordnung, 295.

(58) Müller, Spannungsfeld, 274; Kaufmann, Sozialordnung, Eigentumsordnung und Wirtschaftsordnung, 292. Ähnlich auch Bericht zur Vorlage für die 2. Beratung des Entwurfs KV/AG, 105.

(59) VEB, 23.

(60) Dies ein Gesichtspunkt, der in der "Darstellung der Verhandlungen der Expertenkommission für eine Totalrevision der BV" verschiedentlich betont wird.

(61) Schindler, Die offenen Teile des Verfassungsentwurfs, 48.

k o n s e n s (62), den die neue Verfassung zum Ausdruck bringen soll, die Verantwortung für die materielle Ausgestaltung der Eidgenossenschaft an den Bund bzw. den Bundesgesetzgeber übergeht.

(62) Kaufmann, Sozialordnung, Eigentumsordnung und Wirtschaftsordnung, 286.

B. VE ART. 2 IM VERHAELTNIS ZU DEN UEBRIGEN ZIEL- ORIENTIERTEN BESTIMMUNGEN DES VERFASSUNGS- ENTWURFS

1. Einleitung

Die grundsätzlich p o s i t i v zu wertende Verankerung von Staatszielbestimmungen im Verfassungsentwurf ist durch eine vertiefte Betrachtung der konnexen Beziehung zu den Grundsätzen des 4. und 5. Kapitels, worunter im wesentlichen die verschiedenen "Politiken" und die "Sozialrechte" zu subsumieren sind, und der Grundrechte zu ergänzen. Dies erst wird ein begründbares Urteil über den gesamten ersten Teil des Verfassungsentwurfes erlauben. Ueberdies sind einige Einzelprobleme in den Vordergrund zu rücken, um grundsätzliche Fragen näher zu beleuchten.

2. Das Verhältnis zu den Grundrechten

Ausgangspunkt der Beziehung zwischen Grundrechten und Staatszielbestimmungen im Verfassungsentwurf ist VE Art. 25, welcher die indirekte Horizontalwirkung statuiert. Somit ist die Doppelfunktion der Grundrechte berücksichtigt; sie bezeichnen, wie andernorts ausgeführt, einerseits Schranken gegenüber dem Staat, andererseits "Grundelemente objektiver Ordnung" (63), welche in der Interdependenz von Staat und Gesellschaft (64) fassen.

(63) Hesse, Grundzüge, 118; vgl. dazu 1. Teil/I.C.2.c..

(64) Dazu 1. Teil/I.B.3..

Bei einer grundrechtsorientierten Strukturierung der Gesellschaft besteht zwischen den von Art. 2 VE anvisierten Zielen und den Grundrechten Teilidentität; jedenfalls aber sind Grundrechtsschutz und Staatsaufgaben nicht voneinander zu trennen (65). Das gilt vor allem für die etwas anspruchsvolle Formulierung von VE Art. 2 Abs. 1, wonach der Staat "für das friedliche Zusammenleben in einer gerechten Ordnung" sorgt. Das bedeutet nicht weniger, als dass er die erforderliche Grundlage für die Verwirklichung der Freiheit der Menschen schaffen soll (66). Andere Ziele sind in ihrer unmittelbaren Ausrichtung mehr sach- und weniger personenbezogen und demzufolge aus einem anderen Blickwinkel zu betrachten (67).

Die skizzierte Konzeption kommt in verschiedenen Verbürgungen des Grundrechtskataloges deutlich zum Ausdruck: So verknüpft etwa VE Art. 10 Abs. 4 das Recht auf Akteneinsicht mit einem ausdrücklichen Berichtigungsanspruch und setzt dadurch einen markanten Richtpunkt für die Sicherung der Rechtsstellung des Individuums. Deutlicher noch tritt das gewandelte Grundrechtsverständnis bei der Meinungs- und Informationsfreiheit (VE Art. 12) zutage, wo die Voraussetzungen zu dessen Ausübung vor allem seitens der Medien durch eine grundrechtliche Institutionsgarantie in den Schutzbereich einbezogen werden. Ein weiteres Beispiel bietet die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (VE Art. 13), welche den langwierigen Streit darüber, ob das Gemeinwesen öffentlichen Grund für Versammlungen oder Demonstrationen zur Verfügung stellen müsse,

(65) Müller, Spannungsfeld, 274.

(66) "Freiheit z u etwas ...": Muschg, Geschichten um den Verfassungsentwurf, in: Tagesanzeiger-Magazin, Nr. 44, vom 3. November 1979, 15 ff, 39.

(67) Dazu im folgenden 3.

wenn nicht beenden, so doch in klare verfassungsrechtliche Kategorien verweisen dürfte.

3. Die Verknüpfung der Staatszielbestimmungen mit den Grundsätzen der Wirtschafts- und Sozialordnung

Die Rechtstechnik des Verfassungsentwurfes, das gesamte Spektrum staatlicher Tätigkeit in einem Netz von Zielbestimmungen einzufangen, findet seinen charakteristischen Ausdruck in den Formulierungen der Art. 26, 30, 31 und 36 VE.

a. Die Verankerung der sogenannten Sozialrechte (VE Art. 26)

Die Gründe, welche gegen eine Verankerung eigentlicher Sozialrechte in der Verfassung sprechen, sind bekannt (68). Soziale Grundrechte begründen keine individuell klagbaren verfassungsmässigen (69) Rechte. Die Abhängigkeit von der Ausführungsgesetzgebung und die enge Verknüpfung mit der materiellen Leistungsfähigkeit des Staates (70) lassen den Grad der Justiziabilität als gering erscheinen, da nicht "genügend Kriterien juristischer Argumentation" (71) aus der Stipulierung des Rechts als solchem geschöpft werden können. Der Verfassungsrichter kann nicht an die Stelle des Gesetzgebers treten.

(68) Vgl. vorne 2. Teil/II.B.5..

(69) Kaufmann, Sozialordnung, Eigentumsordnung, Wirtschaftsordnung, 295: "in der Regel"; SchlB 191 ff, bes. 197. Die Haltung der Kommission zu dieser Frage bzw. der sinngemässen Uebernahme der Art. 23 bis 25 in Verbindung mit Bestimmungen des 4. Kapitels ist nicht eindeutig. Vgl. VEB, 59, 61 f, 181.

(70) Dies wurde bereits am Beispiel der Leistungsansprüche aus BV Art. 4 gezeigt. Vgl. 2. Teil/II.B.3.b.; auch VEB, 56.

(71) Müller, Grundrechte, 844. So auch Haller, Verfassungsgerichtsbarkeit, 521; und grundlegend Müller, Grundrechte, 839 ff.

Allenfalls lassen sich die einzelnen Aufträge im Sinne von Bestandes- oder Mindestgarantien gegen den Abbau bereits gesetzlich gewährleisteter Rechtspositionen interpretieren (72), wobei dafür der Gleichheitssatz unter Umständen ebensogut geeignet ist (73). Das institutionelle Gerüst für die Ueberprüfung ist nach dem Verfassungsentwurf in der erweiterten Verfassungsgerichtsbarkeit gegeben. Wie weit das Bundesgericht von diesen Möglichkeiten Gebrauch machen würde bzw. könnte, bleibt offen (74).

In der Ausgestaltung als Impulsnormen, die sich vor allem an den Gesetzgeber richten, und als Auslegungsrichtlinien (75) fügen sich die Sozialrechte reibungslos in die Konzeption des Verfassungsentwurfs ein. Allerdings ist die Frage nicht gelöst, welchen Sanktionen der Gesetzgeber unterliegen würde, falls er seinen Verpflichtungen nicht nachkommt (76).

Dem Grundsatz der Verfassungsehrlichkeit, den die Autoren des Entwurfs in anderem Zusammenhang gerne in die Waagscha-

(72) VEB, 61. Dabei ist zu beachten, dass sich die einzelnen Zielsprachen zur Interpretation als Institutionsgarantie in sehr unterschiedlichem Masse eignen. In Betracht fiel etwa VE Art. 26 Abs. 1 lit. d. (Garantie des Existenzminimums), die durch entsprechende Erlasse des Bundesrechts bereits weitgehend abgedeckt ist. Vgl. VEB, 65; Kaufmann, Sozialordnung, Eigentumsordnung, Wirtschaftsordnung, 298. Zu diesem Gesichtspunkt vgl. die Erwägungen vorne 1. Teil/II.C.3.a..

(73) Dazu Müller, Grundrechte, 840ff; vgl. dazu auch aaO, 890 ff.

(74) So auch VEB, 181. Die Formulierung von VE Art. 109 Abs. 1 lit. a. ("namentlich") lässt der Rechtsprechung Möglichkeiten zur Weiterentwicklung. Dies gilt auch etwa hinsichtlich der Grundsätze über die Unternehmensordnung (VE Art. 29).

(75) Etwa SchlB, 201.

(76) Vgl. 2. Teil/II.A.4.b.

le werfen, wurde hinsichtlich der einzelnen Zielformulierungen Rechnung getragen (77). Gleiches gilt für die systematische Stellung: Art. 26 VE findet sich vom Kreis der Grundrechte abgetrennt. Das bedeutet, dass sich etwa die Frage der H o r i z o n - t a l w i r k u n g nicht stellt.

Dagegen genügt der Titel "Sozialrechte" weder der Forderung, dass das Staatswesen jeden Anschein vermeiden sollte, es verspreche eine Leistung, über die es de facto gar nicht verfügen kann, noch dem hoch gegriffenen Anspruch, wonach dem Bürger die "grundlegenden Lebensgesetze, Spielregeln und Zielsetzungen"(78) seines Staates zur Kenntnis gebracht werden sollen. Dies würde wohl auch für die unmissverständliche Beantwortung der berechtigten Frage gelten, was als Rechtsanspruch zu betrachten sei und was nicht. - Dieser Gesichtspunkt darf jedoch nicht überbewertet werden (79), da sich die Unklarheit mittels einer terminologischen Retouche aus der Welt schaffen liesse.

Was den materiellen Gehalt der Sozialrechte betrifft, so ist auf die Ausführungen Kaufmanns (80) zu verweisen, die zeigen, wo und in welchem Ausmass die Neufassung dieses Bereichs die Regelung des geltenden Rechts hinter sich zurücklässt. Die Dichte bereits bestehender positiv-rechtlicher Normierung lässt indessen den Schluss zu, dass deren weitere Ausgestaltung getrost dem Gesetzgeber überlassen werden kann (81).

(77) VEB, 61.

(78) VEB, 8.

(79) Das tut m.E. Werner, Zielansprache, 208 f, der erkennt, dass sich VE Art. 26 strukturell nicht grundsätzlich von VE Art. 30 und 31 unterscheidet, sondern weitgehend an den Assoziationen hängen bleibt, die der Titel in der vorliegenden Form evoziert. - Für die Bezeichnung "Sozialpolitik" auch Müller, Spannungsfeld, 273, A. 22.

(80) Kaufmann, Sozialordnung, Eigentumsordnung und Wirtschaftsordnung, 296 ff.

(81) So besonders bezüglich der Ausgestaltung der Sozialversicherung, VEB, 64.

Isoliert betrachtet, ist diese Erweiterung durchaus zu begrüßen, kann doch die politische Ausmarchung an umstrittenen Materien Gewähr bieten, dass sich die Verhältnisse nicht in radikaler Weise wandeln. Hingegen ist Raum für spätere Weiterentwicklung, was dem Charakter der "Sozialrechte" als Dauer-aufträge (82) entgegenkommt.

Bezüglich des normativen Gehaltes und der Justiziabilität von sozialen Grundrechten wurde bereits vorne (83) die Ansicht vertreten, sie unterschieden sich in dieser Hinsicht nicht grundsätzlich von Staatszielbestimmungen. Es stellt sich folglich die Frage, ob "Sozialrechte" in der vorliegenden Fassung, aber vorzugsweise unter dem Titel "Sozialpolitik", eine Berechtigung hätten. Vorerst ist das Problem jedoch nicht entscheidungsreif, da die Artikel über Eigentums- und Wirtschaftspolitik, die im folgenden behandelt werden, in die Ueberlegungen einzubeziehen sind. Erwähnt sei einzig, dass die sozial determinierte Gesetzgebung auf jeden Fall der Ueberdachung durch eine verfassungsrechtliche Regelung bedarf.

b. Die Bedeutung der Grundsätze der Eigentums- und Wirtschaftspolitik (84)

aa. Bestandesaufnahme

Von den Kritikern des Verfassungsentwurfes wird überwiegend

(82) VEB, 59, 61; dies kommt auch in der Darstellung der Verhandlungen der Expertenkommission für eine Totalrevision der Bundesverfassung wiederholt zum Ausdruck. Ausserdem Werner, Zielansprache, 208 f; implizit Kaufmann, aaO, 295.

(83) 2. Teil/II. B. 5. c. und d..

(84) Wenn nicht ausdrücklich etwas anderes betont, wird im folgenden auf die Varianten nicht eingetreten.

eine Aushöhlung der Eigentums- und Wirtschaftsfreiheit im Vergleich zum heutigen Rechtszustand geltend gemacht. Der Kommission ist demgegenüber die Absicht zugute zu halten, ein verfassungsrechtliches Instrumentarium zu schaffen, das nicht schon an den Problemen der Gegenwart scheitert. Wenn eine Totalrevision ins Auge gefasst wird, so muss sie auch auf neue Wege und Konzepte hinweisen (85).

Was Art. 2 Abs. 4 VE in einer Kurzformel ausdrückt, wird in den Art. 17 - 19, sowie Art. 30 und 31 näher ausgeführt (86). Die Bestimmungen dürfen deshalb nicht isoliert betrachtet werden, insbesondere ist die enge Verbindung zwischen Eigentums-
garantie (VE Art. 17) und den Grundsätzen der Eigentumspolitik (VE Art. 30) respektive zwischen Wirtschaftsfreiheit (VE Art. 19) und den Grundsätzen der Wirtschaftspolitik (VE Art. 31) hervorzuheben, die sich allein schon daraus ergibt, dass der Gesetzgebung die Erfüllung der eigentums- bzw. wirtschaftspolitischen Ziele zur Pflicht gemacht ist (VE Art. 17 Abs. 2/ Art. 19 Abs. 2). Die Relativierung von Eigentums-
garantie und Wirtschaftsfreiheit fusst in der Ueberzeugung der Kommission, der soziale, technische und wirtschaftliche Wandel erheische im Vergleich zu den übrigen Grundrechten einen "weniger harten Kerngehalt" (87).

(85) In Zusammenhang mit der teilweise schrillen Kritik am Verfassungsentwurf ist auf die These des Basler Nationalökonom
Borner hinzuweisen, der als Element des "Alters-Syndroms der Schweiz" den "instinktiven, konservativen Reflex" erkennt, "gegen alles Staatliche, Progressive und Unvertraute in den Krieg zu ziehen, dabei aber zu übersehen, dass ... die ökonomisch-technische Dynamik auch eine sozio-politische Dynamik auslöst". Borner, Das Alters-Syndrom der Schweiz, in: Schweizerische Finanzzeitung vom 20.2.1980, 9.

(86) VEB, 23.

(87) VEB, 59. Gygi, Wirtschaftsfreiheit und Wirtschaftsordnung im Verfassungsentwurf, 102 f.

bb. Die Gestaltung der Eigentums- und Wirtschaftsordnung

aaa. Charakterisierung

Bei der Analyse des Status quo der heutigen Wirtschaftsordnung ist den Schlüssen der Expertenkommission (88), wonach die HGF ihre Vorrangstellung längst verloren habe, weitgehend zuzustimmen (89). Gleiches gilt für die heutige Rechtslage bezüglich des Privateigentums, welches durch die Gesetzgebung schon jetzt sehr weitgehend eingeschränkt werden kann (90). Die Lösung der entstehenden Probleme wurde in einer Neukonzeption gesucht, welche weder die Wirtschaftsfreiheit noch die Eigentumsgarantie, anders als von der Kommission behauptet (91), ebenbürtig neben andere gleichgeordnete Verfassungsgrundsätze stellt. Sie sind vielmehr der Dynamik der Gesetzgebung in besonderem Masse unterworfen (VE Art. 17 Abs. 1 und 2 bzw. Art. 19 Abs. 1 und 2), während ihre Einschränkung ein überwiegendes öffentliches Interesse erfordert und gleichzeitig in der Kerngehaltsgarantie ein Gegengewicht erhält (VE Art. 23 Abs. 1). Bezüglich der Eigentumsgarantie und der Wirtschaftsfreiheit wird der Irrtum begünstigt, "die einfache Gesetzgebung liefere den Massstab für den Freiheitsraum" (92). Richtigerweise soll aber das Grundrecht den Masstab liefern, der an die Gesetzgebung zu legen ist. Einer zeitgemässen Wirtschaftspolitik würde auch nichts im Wege stehen, wenn dem Gesetzgeber ausserhalb des 3. Kapitels, im Rahmen der Grundsätze über

(88) VEB, 71 ff, 73 ff.

(89) Vgl. vorne 2. Teil/I.B..

(90) Illustrativ besonders etwa BGE 99 Ia 638 (648 ff), ferner auch 99 Ia 604 ff (617 f) und 102 Ia 104 ff (113 f).

(91) VEB, 76.

(92) Huber, Wirtschaftsfreiheit, 233; ähnlich derselbe, Eigentums-
garantie und Eigentumspolitik, 135, 139.

Sozialordnung, Eigentums- und Wirtschaftspolitik, der Auftrag erteilt worden wäre, die Gesetzgebung habe bestimmte wirtschaftspolitische Ziele zu verfolgen (93). Gleiches gilt für die Eigentumsgarantie.

Die Verknüpfung mit dem vierten Kapitel wird durch die vorgesehene Regelung derart eng, dass eine konsequente, der Systematik des Entwurfes folgende Ausgestaltung die Verpflanzung der Eigentumsgarantie, wie sie jetzt noch eine Variante Art. 29 bis vorsieht, geradezu fordern würde (94). Die Kerngehaltsgarantie entfielen dann freilich ganz und gar (95). Analog wird die Wirtschaftsfreiheit behandelt, da die "Relation zwischen Wirtschaftsfreiheit und Wirtschaftspolitik" inskünftig "dieselbe sein (soll), wie diejenige zwischen Eigentumsgarantie und Eigentumspolitik" (96). Die Variante findet sich in Gestalt der Abs. 01 - 03 des Art. 34 VE. Eine derartige Trennung der Eigentumsgarantie und der Wirtschaftsfreiheit von den übrigen Grundrechten ist jedoch unhaltbar, da diese beiden Rechte dadurch einer wesentlichen systematischen Sicherung vor Auslöschung beraubt würden.

Schon in der Standardkonzeption sind Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit auf einen *n i c h t a b s c h l i e s s e n d e n* Katalog politischer Ziele ausgerichtet, der fast gänzlich offen ist und somit nicht genügend Abgrenzungswert besitzt (97). Die Dynamik sozialen Wandels trifft aber grundsätzlich die gesamte

(93) Huber, Wirtschaftsfreiheit, 234.

(94) So zutreffend Werder, Eigentum und Verfassungswandel, 459 f, 464.

(95) Meier-Hayoz, Eigentumsordnung, 321.

(96) VEB, 76.

(97) Schluep, Wirtschafts- und Sozialverfassung, 364 ff.

Verfassungsordnung gleichermassen (98/99). Sozial-, Eigentums- und Wirtschaftsordnung bedürfen jedoch vermehrt der Gestaltung durch die Kreation staatlicher Leistungen und Dienste, so dass es mit der institutionellen Deutung der Grundrechte (vgl. VE Art. 24 und 25) allein nicht getan ist.

Hier soll nun nach der Konzeption des Verfassungsentwurfs der Gesetzgeber freie Hand erhalten. Dabei ist es m.E. unzweckmässig, die zu Recht offen konzipierten Staatszielbestimmungen durch weitere Zielbestimmungen zu ergänzen, deren Normstruktur nicht signifikant dichter ausgestaltet ist. Die offensichtliche Schwäche wirtschaftspolitischer Zielsetzungen liegt, - und das gilt nicht exklusiv für den Verfassungsentwurf -, in ihrem mangelnden Abgrenzungswert (100). Die materiale Färbung der Grundsätze der Eigentums- und Wirtschaftspolitik erweist sich somit als unbehelflich: Da in manchen Formulierungen keine inhärenten Schranken zu erkennen sind (101), muss man sich fragen, ob nicht versäumt wurde, die Staatszielbestimmungen durch präzisierende Regelungsvorbehalte und -zuweisungen zu ergänzen. Ein Beispiel: VE Art. 2 Abs. 5 erklärt das Ziel, die Umwelt zu schützen und eine zweckmässige Raumordnung zu gestalten. In beinahe identischer Formulierung erscheint diese Aufgabe als Teilziel der Wirtschaftspolitik (VE Art. 31 lit. d.). Da weder ein Mehr an

(98) Anders VEB, 30.

(99) Beispiele ausserhalb der Wirtschafts- und Sozialordnung: Diskussion um Versammlungsfreiheit/Demonstrationsfreiheit; Persönlichkeitsschutz (Erfassung persönlicher Daten durch den Computer etc.).

(100) Koller, Wirtschaftspolitische Ziele, 187.

(101) Etwa VE Art. 30 lit.e.: "volkswirtschaftlich oder sozial schädliches Gewinnstreben bekämpfen" oder VE Art. 31 lit. a.: "eine ausgeglichene wirtschaftliche Entwicklung fördern".

materialem Gehalt noch an Abgrenzungswert auszumachen ist, erscheint diese Formulierung als überflüssig: Was als Staatsziel formuliert ist, muss potentiell für alle Bereiche der Staats-tätigkeit gelten, verdient folglich eine wiederholte Aufnahme in der Verfassung nur in Gestalt einer konkretisierenden, we-sentlich dichterem Normierung. Nicht genug damit, Umwelt und Raumordnung tauchen als Ziele der Eigentumspolitik auf (VE Art. 30, lit. a., b., c.), obwohl es sich hierbei nur um R a h - m e n b e d i n g u n g e n der Eigentumspolitik handeln kann (102). Eine Ueberschneidung vergleichbarer Art ist auch zwischen VE Art. 26 lit. b. und Art. 31 lit. b. zu konstatieren (103).

bbb. Enthält der Entwurf die Konzeption einer bestimmbarern
Wirtschaftspolitik?

Wie bei der Behandlung der geltenden Wirtschaftsverfassung be-reits festgestellt, soll die Verfassung zwar kein bestimmtes Wirt-schafts s y s t e m fixieren, aber trotzdem grundlegende Wert-entscheidungen treffen (104). Wird man an der Verankerung einer marktwirtschaftlichen und sozialverpflichteten Wirtschaftsord-nung festhalten wollen (105), - dafür spricht die zu VE Art. 31 ins Spiel gebrachte Variante -, so fragt es sich, ob der Ver-fassungsentwurf die Voraussetzungen für die Verwirklichung dieser Modellvorstellung und deren Garantie mitbringt.

Mit guten Gründen wird dies von Schluep (106) bezweifelt, der aus juristischer und ökonomischer Sicht zum Schluss kommt, die

(102) Werner, Zielansprache, 209.

(103) Werner, Zielansprache, 209.

(104) Vgl. 2. Teil/I.B.1.c.cc..

(105) Vgl. 2. Teil/I.B.1.c.cc.; bei Anm. 66.

(106) Schluep, Wirtschafts- und Sozialverfassung, 355 f, 363 ff.

Prinzipien der Verfassung im Wirtschafts- und Sozialbereich seien zu wenig dicht normiert. Folglich enthalten sie auch keinerlei Anhaltspunkte zur Lösung allfälliger Zielkonflikte. Tatsächlich stehen aber verschiedene der genannten Ziele in offener oder versteckter Antinomie zueinander (107). So lassen sich die gleichzeitige wirtschaftliche Entwicklung, Verhütung von Arbeitslosigkeit und Teuerung, verbunden mit dem Schutz der Währung und der Kontrolle der Geldmenge kaum unter einen Hut bringen.

Es mangelt an einer Normierung, welche wenigstens Grundzüge einer spezifischen Wirtschaftsordnung fixiert oder einer bestimmten wirtschaftlichen Entwicklung Massstäbe und Grenzen setzt (108). Der Entwurf enthält keine Abgrenzung zwischen systemkonformer und systemwidriger Wirtschaftspolitik. Die Unterscheidung in zulässige und unzulässige Wirtschaftspolitik ist ebenfalls inpraktikabel, da - zu Recht - von der Neuauflage einer auf die Wirtschaftsfreiheit zentrierten Wirtschaftsverfassung abgesehen wurde. Deshalb hängt die Forderung in der Luft, "Massnahmen des Gesetzgebers (müssten) zur Realisierung der wirtschafts- und sozialpolitischen Ziele nach Art und Masssystemgerecht bleiben (109). Die Fixierung adäquater wirtschaftspolitischer Mittel innerhalb einer marktwirtschaftlichen und sozialen Wirtschaftsverfassung ist unterblieben (110). Die mangelnde ordnungspolitische Strukturierung des von VE Art. 15, 17, 18 und 19 anerkannten privat-

(107) Teilweise entsprechen die Ziele denjenigen des magischen Drei-, Vier- oder Fünfecks: Vollbeschäftigung, Preisstabilität, Zahlungsbilanzgleichgewicht, Wachstum, gerechte Einkommensverteilung.

(108) Scheuner, staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, 26.

(109) Schluep, Wirtschafts- und Sozialverfassung, 356.

(110) Gygi, Wirtschaftsfreiheit und Wirtschaftsordnung im Verfassungsentwurf, 105.

wirtschaftlichen Bereichs ist im Zusammenhang mit den potentiell beinahe unbegrenzten Möglichkeiten zu sehen, welche die Zielformulierungen des 4. Kapitels dem Gesetzgeber bieten (111). Einen schwachen Versuch, einen marktwirtschaftlichen Rahmen festzulegen, enthält die Variante zu VE Art. 31, wobei dort die Verquickung des Koordinationsmittels (Marktwirtschaft) mit einem Teilziel der Gesellschaftspolitik (112) zu beanstanden ist. Die Variante vermag die Ordnungsneutralität des Entwurfs nicht aufzuheben, weil es sich bei der "marktwirtschaftlichen Ordnung", "welche die sozialen Pflichten beachtet" um eine Formel handelt, die ergänzender verfassungsrechtlicher Abstützung bedarf. Fehlt die ordnungspolitische Grundentscheidung, "so bedeutet das nichts anderes, als dass der Interventionsgrad und damit die konkrete Wirtschaftsordnung jederzeit durch die einfache Gesetzgebung geändert werden könnte" (113).

(111) Besonders die Ordnung des Unternehmens (VE Art. 29), welche hier nicht gewürdigt werden kann. Vgl. dazu die Erwägungen Gygis, Wirtschaftsfreiheit und Wirtschaftsordnung im Verfassungsentwurf, 106 f.

(112) Schluep, Wirtschafts- und Sozialverfassung, 370 f.

(113) Tuchtfeldt, Wirtschaftspolitische Ziele in der Verfassung, 51.

C. MATERIELLE UND INSTITUTIONELLE VORKEHREN ALS GEGENGEWICHT ZUM NETZ VON ZIELBESTIMMUNGEN

1. Materielle Vorkehren

Wenn der Verfassungsentwurf und die Diskussion, die er im Bereich der Grundsätze der Sozialordnung, Eigentumspolitik und Wirtschaftspolitik entfacht hat, eines deutlich zeigen, dann dies: Das Netz von Zielbestimmungen enthält in sich weder klare Schranken staatlicher Tätigkeit, noch markiert es dem Gesetzgeber mangels eines ordnungspolitischen Grundentscheides (114) den Weg in potentiellen Zielkonflikten (115). Die Frage wird nicht beantwortet, "wo die Offenheit in Verfasstheit übergehen muss. Man erwartet von der Verfassung legitimerweise, dass sie Orientierungs- und Haltepunkte setzt, wie schwer die Konkretisierung ihrer Aussagen mitunter auch fallen mag" (116).

Dabei stehen im Verfassungsentwurf die Grundrechte (VE Art. 8 ff) und die Grundsätze staatlichen Handelns (VE Art. 4 ff) im Vordergrund. Diese letzteren vermögen für unsere Problemstellung wenig beizutragen, da sie weder Ziele noch Mittel der dem Gemeinwesen zugeordneten Tätigkeiten inhaltlich bewerten, sondern nur das Handeln staatlicher Organe als solches erfassen. Die Justiziabilität und somit die Steuerungskraft etwa des Verhältnismässigkeitsprinzips (VE Art. 5 Abs. 1) ist im Konflikt zwischen freiheitsgestaltenden Massnahmen und Grundrechten gering (117).

(114) Vorn 3. Teil/III.B.3.b.bb.bbb..

(115) Z.B. innerhalb der lit.a., b. und c. von VE Art. 31.

(116) Gygi, Wirtschaftsverfassung, 84.

(117) So auch Müller, Spannungsfeld, 277 f. Anders, vor allem in der Bewertung, Schmid, Ausgestaltung, 144.

Die Grundrechte dagegen bieten sich, ihrer ureigensten Funktion gemäss, als Schranke gesetzgeberischer Dynamik an: Im Rahmen ihres Kerngehaltes (VE Art. 23 Abs. 1 S.2) sind sie unantastbar. Der Wesensgehalt charakterisiert sich indessen gerade durch seine Relativität (118), ist also nicht abstrakt bestimmbar (119), sondern setzt eine Güterabwägung unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips voraus (120). Die Fixierung dürfte sich gerade im Bereich der Wirtschaftsfreiheit und der Eigentumsgarantie besonders schwierig gestalten, da die Schöpfer des Entwurfs von der Theorie des weichen Kerngehaltes dieser Rechte ausgehen und dies dadurch dokumentieren, dass die Zielbindung in die Formulierung des Grundrechts einbezogen und damit von einer ungewissen Dynamik abhängig wird. Klare Konturen sucht man vergeblich.

2. Institutionelle Vorkehren

a. Verfassungsgerichtsbarkeit

Im Verfassungsentwurf ist die Einführung der repressiven, konkreten Normenkontrolle von Bundesgesetzen und Bundesdekreten vorgesehen (121). Beschwerdegrund bildet in erster Linie die Verletzung verfassungsmässiger Rechte (122) (VE Art. 109 Abs. 1 lit.a), insbesondere von Grundrechten und politischen Rechten.

(118) 1. Teil/II.C.3.a..

(119) Müller, Grundrechte in einer revidierten Bundesverfassung, 81 f.

(120) VEB, 53; Schluep, Wirtschafts- und Sozialverfassung, 367 f; Müller, Spannungsfeld, 277.

(121) Vgl. dazu 2. Teil/II.A.3..

(122) Dazu gehören neben den eigentlichen Grundrechten auch VE Art. 4, 5, 6, 39, 41 Abs. 2 und 45 Abs. 1 und 3.

Darin soll sich jedoch die Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht erschöpfen: Gegenüber der offenen Regelung der Wirtschaftsordnung und der Eigentumspolitik sowie der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (123) kommt ihr die Funktion eines institutionellen Gegengewichts (124) oder - pointierter ausgedrückt - einer Auffangsicherung zu. Das erweckt insofern Bedenken (125), als die vorgelegte Verfassungskonzeption auf jenes "eigenartige Paradoxon der Verfassungsgerichtsbarkeit" (126) zusteuert, wonach das Bedürfnis nach richterlichem Schutz umgekehrt proportional zur abnehmenden Justiziabilität zunimmt.

Infolge des mangelnden Abgrenzungswertes der Ziele der Eigentums- und Wirtschaftspolitik wird es somit weitgehend Aufgabe des Verfassungsgerichts sein, den Kern der Eigentumsgarantie und der Wirtschaftsfreiheit gegenüber potentiellen Aushöhlungsversuchen zielorientierter Gesetzgebungsdynamik von Fall zu Fall abzuschirmen (127). Bei Verankerung der Variante VE Art. 29 bis , respektive VE Art. 34 Abs. 01 - 03, könnte dagegen die Verfassungsgerichtsbarkeit überhaupt nicht zum Tragen kommen (128).

(123) Vgl. die Erwägungen bezüglich der Sozialrechte, vorne 3. Teil/III.B.3.a..

(124) VEB, 179; zustimmend Schmid, Ausgestaltung, 141, 144.

(125) Haller, Verfassungsgerichtsbarkeit, 521.

(126) So, in einem gewissen Gegensatz zu Anm.(124) , Schmid, Ausgestaltung, 138.

(127) Gänzlich ablehnend Sieber, Wirtschaftspolitische Betrachtungen, 8. - Zur Relativierung der entsprechenden Grundrechte: 3. Teil/III.B.3.b.bb..

(128) Zustimmend Gygi, Wirtschaftsfreiheit und Wirtschaftsordnung im Verfassungsentwurf, 102 f.

Ebensowenig vermag ein Verfassungsgericht den Kantonen genügend Hilfestellung gegen Machtansprüche des Bundes zu leisten: Dessen Befugnis, im Bereich der Hauptverantwortung der Kantone Rahmengesetze zu erlassen (VE Art. 51 Abs. 2), ist nicht genügend eng definiert. Fehlen jedoch justiziable Abgrenzungskriterien, vermag das Subsidiaritätsprinzip (VE Art. 53) auch nicht mehr viel zu helfen.

Weitere Betätigungsfelder eröffnen sich dem Verfassungsgericht bei der Lösung von Konflikten über die Delegation von Sachbereichen ans Parlament zum Erlass in Bundesdekreten (VE Art. 80 Abs. 3) sowie beim allfälligen Missbrauch der Befugnis des Bundes, zweckgerichtete Subventionen auszurichten (VE Art. 56 Abs. 4).

Neben alledem ist ein weiterer Aspekt anzutönen: Wegen der Offenheit des Entwurfs und des damit verbundenen Verlustes der gegenseitigen Machtkontrolle im Sinne der vertikalen Gewaltentrennung (129), einer essentiellen Komponente des Föderalismus, kommt potentiellen Kompetenzstreitigkeiten zwischen Bund und Kantonen, zu deren Schlichtung das Verfassungsgericht aufgerufen werden müsste, besonderes Gewicht zu (130). Das Bundesgericht sähe sich deshalb unter politischen Druck gesetzt, was mindestens die Möglichkeit des übermässigen "judicial self-restraint" nicht als abwegig erscheinen lässt. Es liegt deshalb die Folgerung nahe, dass die wenig justiziablen Formulierungen und Konstruktionen des Verfassungsentwurfes im Bereich der Kompetenzabgrenzung nicht zulassen, die auf den vorgesehenen Stand ausgebaute Verfassungsgerichtsbarkeit als vollwertiges institutionelles Gegengewicht zu betrachten.

(129) Huber, Feilen und Rütteln am Bundesstaat, 127; Aubert, Institutions politiques de la Suisse, 218 (No 368).

(130) Zustimmend Huber, Feilen und Rütteln am Bundesstaat, 128.

b. Foederalismuskonzept (Verweisung)

Bereits bei der Behandlung der Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Bund und Kantonen im Rahmen des Abschnittes über die Wesenszüge der offenen Verfassung (131) hat sich ergeben, dass die Foederalismuskonzeption des Verfassungsentwurfes nicht vollwertig als institutionelles Gegengewicht zum Netz der Zielbestimmungen wirken kann.

(131) 3. Teil/II.B.3., bes. c..

IV. WUERDIGUNG

Der Verfassungsentwurf will eine Alternative darstellen. Er muss folglich Neuland beschreiten; wenn auch nicht primär materielle Impulse nottun, so ist doch eine Anpassung an die Verfassungswirklichkeit geboten. Ueberzeugt der Entwurf zwar auf den ersten Blick durch seine formale Geschlossenheit, ist daraus nicht abzuleiten, er entziehe sich grundsätzlich jeglicher konzeptionellen Modifikation. Ebenso falsch wäre es, den unbefriedigenden verfassungsrechtlichen Ist-Zustand gegen den abgerundeten Entwurf auszuspielen.

Die Erkenntnis, dass Verfassungsgebung nicht losgelöst von der kontinuierlichen sozialen Veränderung geschehen kann, wieder spiegeln vornehmlich und in eindrucklicher Weise die *S t a a t s - z i e l b e s t i m m u n g e n*. Deren Funktion kommt nur dann sinnvoll zum Tragen, wenn sie in einem ausgewogenen Verhältnis zu Grundsätzen und Normen unterschiedlicher, aber notwendig grösserer Normdichte stehen (132). Dem entspricht die Ausgestaltung des vierten Kapitels nur ungenügend, während die Grundsätze staatlichen Handelns und der Grundrechtskatalog, mit Ausnahme der Art. 17 und 19, dieser Forderung gerecht werden. Die Schwäche des Entwurfs im Bereich der Grundsätze der Sozialordnung, Eigentumsordnung und Wirtschaftspolitik liegt vornehmlich darin, dass sie gegenüber den Staatszielbestimmungen eine hinreichende Konkretisierung vermissen lassen. Sie enthalten, wie zu zeigen versucht wurde, weder genügend deutliche Richtlinien, welche die Ausgestaltung der Gesetzgebung zu bestimmen vermöchten, noch Gesichtspunkte, die eine Entscheidungsfindung im Einzelfall stützen könnten.

(132) Vgl. zur Notwendigkeit von Normen unterschiedlicher Dichte und Struktur neuestens Müller G., Inhalt und Formen, 138.

Wird die Verfassung durch Staatszielbestimmungen eingeleitet, empfiehlt sich die Formulierung weiterer Zielkataloge nur in engem Rahmen, wenn diese nicht in Beziehung zu den entsprechenden Mitteln gesetzt werden. Die grosszügig angelegte Skizze einer Rechts- und Gesellschaftsordnung ist nur die eine Seite der Medaille. Die andere besteht darin, diesem Entwurf klare Konturen zu verleihen, das Element der Ordnung oder der "Verfasstheit" nicht zu vernachlässigen.

In dieser Hinsicht ist der Entwurf wenn nicht gescheitert, so doch in zwei Richtungen verbesserungsbedürftig:

Einmal werden in der Regelung des Verhältnisses zwischen Bund und Kantonen der gesetzgeberischen Dynamik materiell nur wenige, institutionell in ihrer Wirkung kaum abschätzbare Grenzen gesetzt. Gerade weil an deren Wirkung erhebliche Zweifel bestehen bleiben, liegt der Schluss nahe, es werde der an sich gelungenen Weiterentwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit eine zu grosse Last an Verantwortung aufgebürdet. Es hilft nichts, sich auf die Verfassungsgerichtsbarkeit zu verlassen, wenn sich die getroffene Grundsatzregelung deren Zugriff entzieht. Ähnlich verhält es sich mit Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit, die als Grundrechte den Zielen der Gesetzgebung und damit möglicher Aushöhlung weitgehend ausgeliefert sind. Selbstverständlich ist etwa die Ueberlegung legitim, ob die sich in der Zukunft noch gebieterischer stellenden Probleme der Raumplanung, des Umweltschutzes etc. im Rahmen der herrschenden Eigentumsordnung überhaupt zu lösen sein werden. Die Frage, wann und in welchem Ausmass der Eigentumsbegriff gegenwärtiger Umschreibung suspendiert werden soll, ist allerdings derart grundlegender Natur, dass deren Beantwortung dem Verfassungsgeber zukommt. Das verlangt die Verfassungsehrlichkeit. Sie darf nicht aufgrund einer nicht einmal abschliessenden Zielenumeration der Gesetzgebung überlassen werden.

Bezüglich der Wirtschaftsfreiheit wurde sodann deutlich festgehalten, dass eine HGF-zentrierte Wirtschaftsverfassung schon heute ausser Diskussion steht. Diesentnebt nicht von der Verpflichtung, im Verfassungsentwurf eine bestimmbare Alternative anzubieten. Lässt sich die wirtschaftspolitische Konzeption des Entwurfs dahingehend zusammenfassen, der Bund müsse eine "vernünftige" Wirtschaftspolitik betreiben, wobei der Gesetzgeber bestimmt, was vernünftig ist (133), so hat die Verfassung vor der Herausforderung, Wegmarken abzustecken, zum vornherein die Waffen gestreckt.

Die Ergänzung der klassischen Grundrechte durch zielorientierte Sozialrechte ist, abgesehen vom dargelegten Vorbehalt gegenüber der Bezeichnung, grundsätzlich positiv zu beurteilen. Die Begründung liegt vor allem darin, dass VE Art. 26 zu einem wesentlichen Teil die bereits heute sehr hoch entwickelte Sozialgesetzgebung abdeckt und nicht notwendig mit einer Relativierung von bestimmten Grundrechten verbunden ist. Auch unter dem Gesichtspunkt allfälliger Alternativen zum Verfassungsentwurf erscheint deshalb deren ersatzlose Streichung als inopportun, zumal eine solche wahrscheinlich die Rückkehr zu detaillierten Kompetenzbestimmungen vom Charakter des Art. 34 quater BV zur Folge hätte.

Die Frage nach Alternativen, welche die Gesamtkonzeption des Entwurfs nicht zerstören würden, lässt insbesondere die Erweiterung der Reihe von Staatszielbestimmungen (VE Art. 2) nach dem Vorbild der Kurzfassung von Aubert als denkbar erscheinen. Dieser Variante würden namentlich die in VE Art. 30 und 31 sowie Art. 36 verankerten Politiken zum Opfer fallen, was sich umso leichter verschmerzen liesse, als

(133) So pointiert, aber nicht unzutreffend Schluep, Wirtschafts- und Sozialverfassung, 373.

diese, wie zu zeigen versucht wurde, im wesentlichen die selben Justiziabilitätsprobleme aufwerfen wie die Staatszielbestimmungen.

Hält man an Zielbestimmungen von der Art der Eigentums- und Wirtschaftspolitik fest, drängen sich folgende Konsequenzen auf: Einmal ist auf die Aufweichung des Kerngehaltes der Eigentums- und der Wirtschaftsfreiheit im Sinne der Dynamisierung durch den Gesetzgeber zu verzichten, oder dann ist diese nach Art und Ausmass materiell zu spezifizieren. Was andererseits die Enumeration von Zielen im einzelnen betrifft, wird es sich innerhalb der Grundsätze der Eigentumspolitik als notwendig erweisen, von der Normierung eigentlicher Ziele mit Formulierungen, welche bloss die Konstituierung von Rahmenbedingungen bezeichnen, Abstand zu nehmen. Für die Wirtschaftspolitik ist eine fassbare Ordnungspolitik zu erarbeiten, was die Verknüpfung der wirtschaftspolitischen Ziele mit adäquaten Mitteln verlangt.

LEBENS LAUF

Geboren am 10.3.1953 in Winterthur als Bürger von Winterthur (ZH) und Flaach (ZH). Besuch der Primarschule in Burgdorf (BE) und Winterthur. Gymnasium in Winterthur, Matura Typus B im Herbst 1972. Von Herbst 1973 bis Frühjahr 1978 Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich. Promotion zum lic.iur. am 8. Mai 1978. Seither Arbeit an der Dissertation, ergänzt durch eine Tätigkeit im Rechtsdienst des Volkswirtschaftsdepartementes des Kantons Thurgau. Promotion zum Dr.iur. am 9. Juli 1980.

